

THÈSE DE
PARIS,
1882.
N^o. 38.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA SERVITUDE D'AQUEDUC,
DES INTERDITS « DE AQUA COTTIDIANA ET ÆSTIVA »,
ET DE L'INTERDIT « DE RIVIS ».

DROIT FRANÇAIS

DE LA POSSESSION ET DE LA PRESCRIPTION

DANS LEURS RAPPORTS

AVEC LA PROPRIÉTÉ ET L'USAGE DES EAUX

PAR

JOSEPH LEYDET

PARIS

A. COTILLON & C^{ie}, IMPRIMEURS-ÉDITEURS,

Libraires du Conseil d'Etat

24, RUE SOUFFLOT, 24.

1882

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA SERVITUDE D'AQUEDUC,
DES INTERDITS « DE AQUA COTTIDIANA ET ÆSTIVA »,
ET DE L'INTERDIT « DE RIVIS ».

DROIT FRANÇAIS

DE LA POSSESSION ET DE LA PRESCRIPTION

DANS LEURS RAPPORTS

AVEC LA PROPRIÉTÉ ET L'USAGE DES EAUX

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

JOSEPH LEYDET

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu
le *mercredi 8 février 1882*, à midi.

PRÉSIDENT : M. BUFNOIR,

SUFFRAGANTS : { MM. VUATRIN, { PROFESSEURS.
LABBÉ,
LEFEVRE, { AGRÉGÉS.
ESMEIN. }

Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites
sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS

A. COTILLON & C^{ie}, IMPRIMEURS - ÉDITEURS,

Libraires du Conseil d'Etat

24, RUE SOUFFLOT, 24.

1882



Digitized by the Internet Archive
in 2026

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE.

I. Divers usages de l'eau dans la cité romaine. — II. Objet de cette étude. Division. — III. Définition du mot *aqueductus*. — IV. Notions sommaires sur l'aménagement d'un aqueduc et les travaux d'art que comporte la dérivation des eaux.

I. Le trois des Ides d'octobre était à Rome consacré au culte des fontaines. Varron nous apprend qu'en ce jour le peuple se rendait sur le mont Cælius, au lieu dit Champ des Fontaines, jetait des couronnes dans les sources, couvrait les puits de fleurs et de feuillage, témoignant sous cette forme gracieuse et symbolique la reconnaissance qu'il vouait à l'élément bienfaisant. Que de titres n'avaient point les fontaines à la gratitude publique, soit que leurs ondes savamment irriguées entretinssent la fraîcheur et la fertilité dans les campagnes, ou que dérivées à grands frais, elles fussent affectées aux usages domestiques ou aux services publics de la cité, qu'elles vinssent assainir ses voies alimenter ses thermes, curer ses cloaques, embellir ses jardins, entrer dans la mise en scène grandiose des spectacles du cirque. Aussi n'est-il point surprenant que les anciens les aient érigées en Divinités et leur aient institué une fête les *Fontanalia*.

les fragments des jurisconsultes, en dégager la règle, ramener toutes ces dispositions à un ordre méthodique : tâche aussi modeste que laborieuse mais non sans intérêt, car elle tend à restituer sa physionomie originale, à une servitude qui figurait à Rome au premier rang des servitudes prédiales.

III. Le mot latin *aquæductus* s'emploie dans deux acceptions bien distinctes : il indique tantôt les travaux, les substructions que nécessite la dérivation des eaux, tantôt le droit à la prise d'eau, au passage de l'eau.

Dans le premier sens on dit aussi *aquæ ductus*, *aquarum ductus* ou simplement *aqua* par exemple *aqua Claudia* ; dans le second, *servitus aquæducendæ*, *jus aquæductus*, *jus aquæducendæ*, *iter aquæ*, *ductus aquæ*. Dans notre langue, le mot aqueduc a une signification moins large ; il ne répond plus qu'à l'idée d'ouvrages plus ou moins importants. Aussi l'interprète qui veut rendre l'idée du droit même à la conduite d'eau doit opter entre le maintien du mot latin *aquæductus* ou l'emploi de la locution française moins concise, le droit d'aqueduc.

On ne saurait en envisageant l'aqueduc, dans le sens moderne du mot, faire une part bien large dans nos développements à l'étude des procédés mis en œuvre pour dériver les eaux ; mais, sans surcharger une thèse de détails oiseux, il est avan-

tageux de demander à l'archéologie et à l'histoire des notions sommaires sur la structure, sur la configuration de l'aqueduc. Outre qu'il est peu satisfaisant pour l'esprit de faire absolument abstraction de la forme sous laquelle le droit se manifeste extérieurement, l'intelligence des textes a tout à gagner à ce travail préliminaire. Là se trouvera heureusement reporté le commentaire du titre *de rivis* dont la majeure partie est consacrée à des définitions.

IV. L'aqueduc privé a comme on le pense des proportions plus modestes que l'aqueduc public. Ni le but à atteindre, ni les ressources des particuliers ne comportent des travaux dispendieux ; une rigole creusée dans le sol, des parements en maçonnerie là où les éboulements sont à craindre, des écluses d'un jeu très simple en formeront tout l'appareil.

On distingue dans l'aqueduc trois parties : 1^o la prise d'eau ; 2^o les conduites ; 3^o le réservoir auquel aboutissent les conduites.

1^o La prise d'eau, *caput aquæ*. Quelquefois les conduites s'adaptent directement à la source, dans ce cas la prise d'eau se confond avec l'aqueduc, mais souvent une transition est nécessaire pour donner à l'eau le niveau convenable, assurer le jeu des écluses, arrêter les immondices qui eussent obstrué les canaux. On pratique dans la berge une coupure dont les dimensions en lar-

geur et profondeur dépendent du volume d'eau auquel l'usager a droit, et c'est dans cette tranchée (*prima incilia, principia fossarum*) consolidée au besoin par un travail en maçonnerie (*inciditur lapis vel terra*), que vient choir tout d'abord l'eau quand les écluses, *septa*, sont ouvertes (L. 1, § 4, 5, D. *de rivis*).

C'est ainsi que l'eau pénètre dans les conduites, *rivi*. — *Rivus* est le terme générique : tantôt il consiste en une simple rigole creusée à ciel ouvert, *apertus rivus*, ou souterrainement, *terrenus*. Le plus souvent l'aqueduc souterrain est un canal en maçonnerie, *canalis structilis specus, aquagium*. Tantôt le canal est taillé dans le roc, tantôt protégé dans les terrains friables par un revêtement en maçonnerie ou en béton, *opus signinum*. Ce blocage fait de cailloux, sable et chaux, a joué un grand rôle dans l'édilité romaine. On avait reconnu que les matériaux ainsi mélangés acquéraient avec le temps une grande cohésion, une grande dureté et pouvaient avantageusement remplacer les pierres de grand appareil (L. 3, D. *de aq. cottid.*). L'expression *opus signinum* opposée au *rivus terrenus* désigne d'une manière générale un canal en maçonnerie (L. 1, D. *de rivis*).

Quand l'aqueduc rencontrait une dépression de terrain, cours d'eau, fossé, vallon, il la franchissait sur un pont d'un seul jet ou formé de plusieurs arceaux, *per pontem*.

De distance en distance, on ménageait dans les conduites souterraines des regards, *lumen, spiramen*, pour aérer l'eau et permettre le curage et la surveillance de l'aqueduc.

Specus avait une autre signification. *Specus* dans son acception première : « est locus ex quo despicitur inde spectacula sunt dicta » puis par une évolution très commune dans la genèse des langues, le mot a pris un sens plus large et s'est étendu de la partie au tout. C'est ainsi qu'on le rencontre employé dans le sens de conduit souterrain par le jurisconsulte Ulpien à qui appartient la définition ci-dessus rapportée.

L'aqueduc reçoit à l'endroit où l'eau arrive à destination des aménagements divers ; tantôt, il aboutit à des réservoirs, *receptacula*, où l'eau se dépouille, se clarifie, devient potable ; tantôt, à des bassins, *piscinæ*, qui servent de bains au maître, à ses esclaves, ou de viviers, source de revenus importants pour les villas romaines. Le réservoir d'un aqueduc public, disons-le en passant, s'appelait *castellum*, château d'eau. Enfin l'aqueduc forme la grande artère de l'irrigation d'où se ramifient pour l'arrosage des prairies, mille petits canaux secondaires, *fistulæ*. Les jardins recevaient aussi, sous une forme plus modeste, les bienfaits de l'irrigation. L'auteur de *Rome au Siècle d'Auguste* nous décrit le potager d'une villa romaine dont les plates bandes sont sillonnées

d'étroits sentiers légèrement concaves qui servent d'aqueduc pour l'irrigation (1).

Nous pouvons dès lors, grâce à un préambule trop long à notre gré, qui en a dégagé l'accès entrer sur le terrain purement juridique et donner tous nos soins à l'étude de la servitude d'aqueduc.

Notre travail est divisé en deux parties : la première, subdivisée en cinq chapitres, comprend les règles relatives à la servitude d'aqueduc proprement dite ; la seconde concerne les interdits et actions et en général toutes voies de droit auxquelles l'usager peut demander la protection de ses droits.

(1) Consulter *Rome au siècle d'Auguste*, LXXXI. — Palladius, I, 34. — *Lettres de Pline*, XIX, 4, — Columelle, I, 6. — Dyonisius, XLVIII, 51.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA SERVITUDE D'AQUEDUC

CHAPITRE PREMIER.

DÉFINITION DE L'« AQUÆDUCTUS ». — ANALYSE DE CETTE DÉFINITION. — PERPÉTUITÉ ET INDIVISIBILITÉ DE LA SERVITUDE. — DE LA DIVISION DES SERVITUDES RÉELLES EN RURALES ET URBAINES. — SOUS QUELLE ESPÈCE SE RANGE L'« AQUÆDUCTUS ».

1. L'*aquæductus* est, suivant la définition d'Ulpien, le droit de dériver l'eau à travers le fonds d'autrui. Constitué par le propriétaire de la source, l'*aquæductus* implique le droit à la prise d'eau. Si l'eau doit pour arriver à destination, franchir des fonds intermédiaires, il y a encore *aquæductus*, mais dans une acception moins large, moins compréhensive, puisque, par rapport à ces fonds, c'est uniquement le droit au passage de l'eau, *iter aquæ*.

2. La servitude d'aqueduc ou *aquæductus* engendre pour le propriétaire du fonds servant l'obligation de laisser couler l'eau et de respecter les travaux d'aménagement entrepris par le concessionnaire « *continere aquam et facere quominus ager irrigari possit prohibetur* » (L. 10, 6, *de servit. et aqua*, III, 34). Si le titre ne règle ni la nature, ni l'importance des travaux, l'usage fait la loi des parties. Or l'usage n'autorise le concessionnaire qu'à poser des tuyaux (*fistulas*) sur le fonds servant. Les conduites en pierre, leurs substructions enlèvent à l'agriculture un terrain précieux. Aussi les Prudents avaient été amenés à interdire au concessionnaire tout travail de maçonnerie s'il n'alléguait, à l'appui de ses prétentions, une clause spéciale et formelle du titre constitutif de la servitude (L. 17, § I, *de aq. et pluv. arcend.*, XXXIX, 3). D'ailleurs, les parties peuvent toujours atténuer ou aggraver les charges qui, de droit commun, pèsent sur le fonds servant pourvu que leurs conventions n'altèrent ni ne suppriment les conditions nécessaires à l'existence de toute servitude prédiale.

Ce sont ces principes communs que nous allons passer en revue pour en faire application à la servitude d'aqueduc.

— On sait qu'une servitude prédiale est un avantage, un attribut détaché d'un fonds au profit

d'un autre fonds : il y a extension d'une part, amoindrissement de l'autre, du droit de propriété.

L'*aquæductus* doit donner une plus-value au fonds dominant. Que cette plus-value se réalise par l'irrigation des prairies, l'alimentation d'une villa, de ses réservoirs, bains, viviers, ou même par l'embellissement d'un jardin d'agrément, il y a servitude prédiale. Mais si les convenances personnelles, les exigences d'une profession ont seules été consultées et que le fonds n'en devienne ni plus productif, ni plus agréable, le droit né de cette combinaison est un droit de créance ou une servitude personnelle d'usage : droit de créance, il passe aux successeurs à titre universel du concessionnaire ; servitude personnelle, sa durée est limitée à la vie de ce dernier.

Qu'un testateur puisse valablement grever ses propriétés d'une servitude d'aqueduc au profit exclusif du légataire (si tamen testator personam demonstravit cui servitutem præstari voluit) cela n'est pas douteux (L. 4, de *servit. præd. rust.*, VIII, 3). Mais l'*aquæductus* créé dans ces circonstances *ad usum et commodum nostrum* change-t-il de nature, et, de la classe des servitudes prédiales dans laquelle il se trouve ordinairement rangé, doit-il passer dans celle des servitudes personnelles ? Les interprètes se divisent sur cette question. Les uns, comme MM. Mayntz et Vangerow, enseignent que l'*aquæductus* doit être

assimilé à une sorte d'usufruit et considéré comme une servitude personnelle.

D'autres, comme M. Molitor, ne prennent point leur parti d'une transformation aussi radicale. Bien que profondément altérée dans sa nature, la servitude demeure régie par les principes généraux des servitudes prédiales : ainsi elle ne saurait exister si le titulaire ne possède pas un fonds qui fixe l'assiette de la servitude et en détermine l'étendue. Il y a donc une catégorie de servitudes d'un caractère mixte, participant à la nature des servitudes prédiales et de celle des servitudes personnelles. M. Molitor les qualifie de *servitudes irregulares*.

Je n'hésite point à rejeter la prétendue distinction des servitudes en régulières et irrégulières.

Je vais chercher à démontrer qu'elle est tout arbitraire, créée pour les besoins de la cause à laquelle elle sert de base.

Tout d'abord il n'est nulle part question dans les textes de *servitudes irregulares*. Je veux bien que les interprètes aient inventé cette formule pour donner corps à une idée qui se dégagerait implicitement des fragments des jurisconsultes mais encore faut-il qu'on ne la leur prête point tout gratuitement. Papinien et Paul (L. 4 et 6 de *servit. pr.*, 2.) étudient la condition faite à la servitude *pecoris ad aquam appellendi* ou à celle qui consiste à extraire de l'argile plastique, par l'in-

tention du testateur ou la volonté des parties, et, suivant les circonstances, les considèrent comme servitudes prédiales ou servitudes personnelles. L'alternative est trop nettement posée pour qu'on puisse sans arbitraire imaginer un genre intermédiaire. Du moment que la servitude n'est pas établie au profit immédiat du fonds, fut-elle ordinairement classée, en raison de son objet, au nombre des servitudes prédiales, elle devient servitude personnelle et, pour mieux accentuer ce résultat, Paul dit qu'elle devient usufruit, *usufructus erit*.

Les considérations générales qui condamnent la théorie des *servitutes irregulares* sont également vraies quand il s'agit de l'*aquæductus*. La règle peut se formuler ainsi : l'*aquæductus* que sa destination naturelle met au nombre des servitudes prédiales, est servitude personnelle si les parties ont entendu lui imprimer ce caractère. Dans ce cas sa validité ne saurait être contestée sous prétexte que l'usager n'est pas propriétaire d'un fonds voisin, car la quantité d'eau à laquelle l'usager peut prétendre est proportionnée à ses besoins personnels.

La loi 37, au titre *de servit. præd. rust.*, ne contredit pas, quoi qu'en disent nos adversaires, la proposition qui vient d'être énoncée; en voici la teneur : « Lucius Titius, G. Seio fratri. De « aqua fluente in fontem, quem pater meus in

« Isthmo instruxit do concedoque tibi gratuito
« digitum, sive ad domum, quam in Isthmo te-
« nes, sive quocumque tandem volueris. »

Paul décide, dans cette espèce, que les héritiers de G. Seius n'ont aucun droit sur l'eau, parce que l'usage en est tout personnel.

Molitor cherche à se faire arme de ce texte. L'*aquæductus*, objet de la donation, est bien une servitude irrégulière, dit-il, car le donataire est propriétaire d'un héritage sur lequel l'eau sera dirigée : cette condition d'existence des servitudes irrégulières est implicitement reconnue par le texte.

Est-il bien vrai que la loi 37 soit en harmonie avec la doctrine défendue par Molitor ? L'indétermination que laissent planer les mots... *quocumque volueris* sur le domaine qui doit bénéficier de la libéralité, ne répugne-t-elle point avec la notion d'une servitude prédiale, même irrégulière.

Nos contradicteurs n'exigent-ils point, pour asseoir ces sortes de servitudes, un fonds déterminé dont les besoins forment la mesure de l'emploi de l'eau. Si la disposition rapportée par le jurisconsulte avait dû, dans sa pensée, offrir le type que veut y voir M. Molitor, elle serait conçue autrement... On lirait... je donne l'eau à Seius... pour qu'il la conduise, soit à sa maison, soit au fonds Sempronien ou à tel autre fonds dénommé. Mais,

dans la teneur que nous lui connaissons, le fragment de Paul nous donne l'exemple d'un *aquæductus* à titre de servitude personnelle. Il y est, sans doute, question d'un domaine dont le titulaire serait propriétaire, mais cela tient à cette vérité de fait que l'*aquæductus* suppose nécessairement un terrain auquel les conduits d'eau aboutissent. Mais ce qui est tout particulièrement significatif dans les termes de la concession, c'est le libre choix laissé au concessionnaire du domaine qui jouira de la prise d'eau. Peu importe, en effet, la contenance et la nature du domaine, puisque l'usager pourra toujours réclamer pour ses besoins personnels la mesure invariable d'un doigt d'eau, alors même que les besoins mêmes du fonds n'exigeraient pas cette quantité. A ces caractères, on reconnaîtra une servitude purement personnelle. Les glossateurs avaient compris déjà que l'indétermination du fonds ne laissait place qu'à une servitude personnelle. L'un d'eux, Accurse, annotait en ces termes le passage *sive quocumque volueris* : « Ex hoc apparet quod « est personale jus quia non alicujus prædii contemplatione fuit tradita. »

Notre manière de voir est encore corroborée par un fragment d'Ulpien au titre *de aqua cottidiana et æstiva*. Les commentateurs ne l'ont pas, que je sache, jusqu'alors mêlé au débat. Je crois utile de le jeter dans la controverse; il est ainsi

conçu : « Præterea Labeo scripsit etsi quidam
« ductus aquarum non sint fundi quia quocum-
« que duci possint : tamen ad hoc interdictum
« pertinere. » (L. 1, § 12, *de aq. cott. et æst.*)

Ce texte fait suite à un certain nombre de dispositions qui déterminent les circonstances dans lesquelles un usager peut se prévaloir de l'interdit *de aquâ*. Dans le paragraphe 11, on se demande si la même protection s'étend à la prise d'eau concédée pour l'exploitation d'un domaine et celle qui est destinée *ad usum quoque et commodum nostrum*. Ulpien répond affirmativement, puis, à l'appui de son assertion, il cite le passage de Labéon rapporté ci-dessus. Or savez-vous à quoi ce jurisconsulte reconnaît le caractère purement personnel d'une servitude d'aqueduc, à la circonstance que l'eau peut être menée en tout lieu, n'importe où «... *quia quocumque duci possint...* »

Les Pandectes Florentines offrent une légère variante de texte avec la Vulgate : on y lit « *quia a quocumque* et non plus *quia quocumque*. » Cujas ne s'émeut point de cette différence : « eodem, sed minus aperto sensu, » fait le commenteur. Dans sa paraphrase du paragraphe 12, l'éminent romaniste confirme implicitement la thèse à laquelle nous avons consacré peut-être de trop longs développements.

Nous ne saurions mieux faire que de la citer en

forme de conclusion ; il n'en est pas de plus autorisée.

« Ita legit Cujacius : Hoc est ductus aquarum
« qui non sit servitus fundi, sed quocumque duci
« possit, quod proprium est servitutis personalis
« aquæ. »

La servitude d'aqueduc doit entraîner une gêne, une restriction pour le droit absolu du propriétaire de la chose asservie. Cet amoindrissement ne saurait se réaliser si l'attribut auquel correspond la servitude n'existe pas. En d'autres termes, et cela va de soi, la constitution d'un *aquæductus* suppose une source dans le fonds servant. Cette règle, naïve à force d'évidence, avait donné lieu cependant à une légère difficulté. Un terrain peut receler des sources sans que rien n'en accuse extérieurement l'existence. Peut-on céder à titre de servitude le droit de faire des travaux de sondage et de dériver l'eau une fois trouvée, *ut aquam quærere et inventa ducere liceat*. Labéon avait, paraît-il, éprouvé quelques scrupules à tenir la cession pour valable. Paul qui rapporte la décision, n'hésite point. Pour lui, la cession est absolument inattaquable et le droit réel subordonné à cette condition tacite si l'eau est découverte (L. 10, *de servit. præd. rust.* — L. 21, *Si servit. vindic.*).

Dépouillée d'un de ses attributs, la propriété passe en cet état aux ayant-cause à titre parti-

culier. Le condition juridique du fonds est modifiée; ils sont obligés de la subir (L. 3, C. de servit. et aq.). Mais si les acquéreurs successifs du fonds servant doivent respecter les droits d'autrui sur ce fonds, ils ne doivent rien de plus; leur obligation est toute négative, elle consiste *in non faciundo*. Leur auteur se fût-il engagé à entretenir les canaux, les conduites et autres appareils; ledit engagement ne les lierait point (L. 15, de servit. VIII, I).

3. La servitude d'aqueduc n'est point limitée dans sa durée, sa nature est d'être perpétuelle comme la propriété. Aussi l'apposition d'un terme *ad quem*, d'une condition, est-elle réputée non avenue. Faut-il voir une dérogation au principe dans un fragment de Pomponius où il est question d'un *aquæductus* ne donnant droit à l'eau qu'à des heures déterminées du jour et de la nuit. La perpétuité de la servitude ne reçoit aucune atteinte de ces restrictions; car comme le fait remarquer Papinien, le mode et non pas la durée de la servitude est seul affecté: « *Intervalla dierum et horarum non ad temporis causam sed ad modum pertinent.* » (L. 4, de servit., VIII).

On a vivement reproché aux Romains d'avoir considéré comme essentielle la perpétuité de droit dans les servitudes prédiales, mais, on a surtout, et non sans raison, critiqué l'étrange théorie de la perpétuité de fait. « *Omnes servitutes prædio-*

« *rum perpetuas causas habere debent* » dit Paul.

Si l'on recherche le sens exact de cette maxime, on arrive à cette idée que la servitude, pour naître viable, doit être établie dans des conditions telles que son avenir soit soustrait aux causes les plus normales d'extinction. Des interprètes ont voulu formuler une définition plus nette de la *perpetua causa*. Je ne les suivrai point dans cette voie, persuadé que les juriconsultes romains eux-mêmes eussent été fort embarrassés de nous donner un *criterium* satisfaisant. Les nombreuses et intéressantes applications de la règle à la servitude d'aqueduc justifient en tous points notre réserve.

Les sources d'eau vive peuvent seules former l'objet d'un *aquæductus*. Tout réservoir naturel ou artificiel tel que citerne, étang, vivier, alimenté par les eaux de pluie est considéré comme n'ayant pas de *causa perpetua* (L. 1, § 6, *de aq. cottid.* — L. 1, *de fonte*). Nulle servitude d'aqueduc possible sur les eaux de puits et, en général, sur les eaux souterraines qui ne sauraient être utilisées sans appareil hydraulique tel qu'une *noria per rotam* (L. 1, § 6, *de aq. cottid.*). Il importe peu que le mécanisme soit mû par le propriétaire du fonds servant ou par l'usager. Enfin l'*aquæductus* ne peut être établi à un endroit quelconque du cours d'eau, mais il doit prendre son point de départ à la source même.

Ulpien prend soin de faire observer que ces maximes procédaient du *jus civile* et nous laisse entendre qu'un mouvement de réaction s'était produit à son époque dans la jurisprudence. Le retour à des principes plus larges s'accuse aussi dans un texte de Paul et un texte d'Ulpien (L. 9, *de servit. pr. rust.*, VIII, 3; L. 2, *commun. præd.*, VIII, 4). Désormais l'*aquæductus* sera valablement constitué sur quelque point du cours d'eau que la prise d'eau vienne se greffer. On ne saurait non plus le mettre hors la loi sous prétexte que l'eau descend d'un château d'eau, *castellum* : « tuendum esse eum qui hoc jus possedit. »

Les servitudes rurales supposent un état de voisinage entre le fonds servant et le fonds dominant. Il faut bien se garder de prendre à la lettre une règle qui se réduit en somme à peu de chose. Ainsi l'*aquæductus* n'exige pas la contiguïté des domaines; il s'accommode fort bien de l'état contraire puisqu'il a précisément pour objet de relier une propriété privée d'eau à une source souvent très éloignée. La règle signifie seulement que les fonds intermédiaires doivent être susceptibles d'être assujettis (L. 7, *de servit. pr. r.*). Or la condition fait défaut dans les trois cas suivants :

1^o Le fonds intermédiaire est du domaine public. Un chemin, par exemple, fait obstacle à la servitude d'aqueduc. Toutefois, si l'usager obtient l'autorisation du Prince, il peut passer outre,

pourvu qu'il prenne toutes les mesures propres à sauvegarder l'intérêt général (L. 14, *de servit.*).

2^o Le fonds intermédiaire est un *locus religiosus*, c'est-à-dire un lieu de sépulture. C'est un obstacle absolu qu'il n'est donné à personne de supprimer. En vain, l'usager proposerait-il de faire passer les conduites sous le terrain consacré; le respect dû aux morts ne souffre pas d'atermoiements (L. 11, *commun. præd.*).

3^o Le fonds intermédiaire est une propriété privée et appartient à un tiers rebelle à tout arrangement. Il y a là un obstacle de fait plutôt qu'un obstacle de droit. Le droit d'aqueduc peut être valablement constitué par le propriétaire de la source, mais comme l'exercice de ce droit demeure paralysé par la résistance du propriétaire intermédiaire, que deux ans viennent à s'écouler, les choses étant en cet état, et le droit s'éteindra par le non-usage.

On peut rattacher à cet ordre d'idées l'explication d'un fragment de Pomponius (L. 3, § 2, *de aq. cottid.*). Le jurisconsulte prévoit l'hypothèse d'un *aquæductus* établi à la charge d'un fonds riverain sur un fleuve public; les eaux se retirent. Quelle est la situation faite au riverain? Si le fleuve a brusquement laissé à sec une partie de son lit, le concessionnaire ne peut prolonger les conduites jusqu'au fleuve, parce que la portion de terrain sur laquelle elles reposeraient n'est pas

asservie. Si le fonds riverain s'est accru insensiblement, les charges de la servitude pèsent sur le terrain alluvionnaire. Enfin si le fleuve change de lit, l'exercice de la servitude est interrompu.

Ce résultat n'a-t-il pas lieu de nous surprendre? Qu'il y ait relais ou alluvion, l'acquisition procède d'une même cause juridique, l'accession, et cependant le sort réservé aux deux terrains est fort différent. L'anomalie n'est qu'apparente. Le propriétaire n'est pas tenu personnellement, mais *propter rem*. Qu'il vienne à acquérir un nouveau terrain libre de toutes charges, il ne saurait être tenu de souffrir sur ce terrain la servitude qu'il a consentie ailleurs. Il en serait autrement si le riverain s'était engagé personnellement parce que l'universalité du patrimoine répond de nos engagements. L'alluvion se forme insensiblement; elle n'a jamais d'existence propre et fait corps avec le fonds riverain. Il était naturel de lui faire partager sa condition juridique.

Le mauvais vouloir d'un propriétaire intermédiaire peut donc faire échec à l'établissement de l'aqueduc. Y a-t-il dans la législation romaine quelque disposition qui permette de vaincre cette résistance. Notre loi du 29 avril 1845 qui crée une servitude légale pour le passage des eaux destinées à l'irrigation a-t-elle eu des précédents en Italie où l'arrosage s'imposait impérieusement à l'agriculture.

On a prétendu que les décevirs en rédigeant les 12 Tables s'étaient inspirés des lois et coutumes grecques. Or les lois de Platon contraignaient les propriétaires de fonds intermédiaires à souffrir le passage de l'eau. L'aqueduc devait être aménagé de telle sorte que le préjudice causé fût aussi faible que possible. Les maisons, temples, monuments étaient exempts de cette servitude légale. C'était un emprunt utile à faire à la législation grecque. Et cependant rien ne nous autorise à penser ni dans les restes mutilés de la loi des 12 Tables, ni dans la compilation de Justinien que cet emprunt ait été fait.

Le droit d'aqueduc est indivisible c'est-à-dire qu'il ne saurait exister ni au profit ni à la charge d'une part indivise. Comment concevoir l'eau coulant sur une part indivise, fertilisant une part indivise. Le bon sens le plus vulgaire condamne ce résultat. Du principe de l'indivisibilité dérivent les conséquences suivantes : Le droit d'aqueduc ne peut être établi soit au profit soit à la charge d'un fonds commun sans le consentement unanime des co-propriétaires : « *Aquæductus pars in obligationem deduci non potest : quia usus ejus indivisus est.* » (LL. 6 et 17, *de servit.*, VIII, I).

L'*aquæductus* ne saurait prendre fin pour une part indivise. Ainsi lorsque le fonds auquel est due la prise d'eau appartient à plusieurs, le fait d'un seul interrompt la prescription (L. 16, *quemad. servit.*, VIII, 6).

Le même fragment de Pomponius relate une espèce que des esprits superficiels seraient tentés de confondre avec la précédente : nous la distinguerons avec soin. Plusieurs propriétaires ont droit de prise d'eau sur la même source ; chacun d'eux en use à heures déterminées. L'eau descend par un canal commun : de cette grande artère se détachent de petits canaux qui distribuent l'eau dans les domaines des divers ayant-droit. L'aqueduc (le conduit) est commun, mais l'*aquæductus* (le droit) n'est pas indivis. Il s'ensuit que si l'un des titulaires omet de tirer parti de son droit, la diligence de ses voisins ne le sauvera pas des suites de son abstention (L. 16, *quemad. servit. amitt.*). L'indivisibilité des servitudes prédiales ne fait pas obstacle à ce que les avantages dont elles se composent ne puissent être répartis entre plusieurs personnes. Il s'ensuit que : 1^o On peut valablement concéder simultanément ou successivement un droit d'usage sur une même source à divers propriétaires ; 2^o Quand un fonds au profit duquel existe un droit de prise d'eau est partagé, chacun des co-partageants devient titulaire d'un droit distinct de prise d'eau (1). Si le mode de jouissance n'est pas réglé un conflit est passible. Pour le pré-

(1) « Si divisus est fundus inter socios regionibus, quod ad servitutum attinet quæ fundo debebatur, perinde est atque si ab initio duobus fundis debita sit. » (L. 6, § 1, D. VIII, 6).

venir, on aura recours à l'action *communi dividundo utilis*, « non erit iniquum utile iudicium reddi » (L. 4, *de aq. cottid.*). Armé des mêmes pouvoirs que dans l'*actio familiæ erciscundæ*, le juge, ou plus exactement l'arbitre, déterminera la quantité d'eau à laquelle chaque domaine investi par le partage ou par le contrat d'un droit deservitude propre, sera en droit de prétendre (L. 19, *de comm. divid.*).

De même que le partage engendre au profit de chaque lot un droit distinct d'*aquæductus*, de même la vente d'une partie du fonds dominant aboutit à la constitution d'un droit propre d'aqueduc au profit de la partie démembrée. Mais comme l'usager ne saurait, par des conventions particulières, aggraver la servitude, il doit s'entendre avec l'acquéreur pour que la quantité d'eau assignée à chacun d'eux n'excède pas le volume auquel le domaine, pris dans son ensemble, a droit. La répartition se fera sur les bases suivantes : on tiendra compte de la contenance respective des deux lots, mais la qualité du terrain dans chaque portion ne sera pas prise en considération (L. 25, *de servit. pr. rust.*).

4. Les servitudes réelles se divisent en urbaines et rurales. Quel est le criterium de cette distinction ? C'est un problème qui exerce depuis longtemps la sagacité des interprètes. On a proposé de définir la servitude rurale (*servitus prædiorum*

rusticorum), celle qui est affectée au service d'un fonds rural, c'est-à-dire d'un fonds non bâti, et servitude urbaine celle qui est établie au profit d'un fonds bâti (*prædium urbanum*, L. 1, D. VIII, 4). Ainsi, dans cette doctrine défendue par M. Machelard, le caractère de la servitude se déduit de la qualité du fonds dominant : il s'ensuit que la même servitude pourra être tantôt rurale et tantôt urbaine, suivant la nature du fonds au profit duquel elle aura été stipulée. Ce résultat a paru inadmissible. « Il est évident, dit M. Ortolan, que les jurisconsultes romains ont attribué à chaque servitude un caractère fixe rural ou urbain et non un caractère ambulateur de rural à l'urbain ou réciproquement, suivant que change le fonds dominant. »

Une définition plus satisfaisante a été cherchée et on a pensé en trouver les éléments dans un fragment de Paul inséré au Digeste « *servitutes prædiorum, aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt.* » Il y a des servitudes qui se conçoivent indépendamment de tout état de superficie, de construction, telles que les servitudes de passage, de puisage, il en est d'autres au contraire, qui évoquent nécessairement l'image d'une construction telles que la servitude de jour, de vue. Les premières sont les servitudes rurales, les autres les servitudes urbaines. Cette explication a l'avantage de faire cadrer dans une large mesure la

division des servitudes en rurales et urbaines avec celle des servitudes en continues et discontinues, et d'entrer dans les vues des jurisconsultes romains qui avaient constaté entre elles une corrélation assez étroite, et avaient cru pouvoir en déduire des conséquences de haute importance sur la quasi-possession de ces servitudes et leur extinction par le non-usage.

Le malheur est que, si la plupart des servitudes rurales, telles que les définit M. Ortolan, requièrent pour leur exercice, le fait réitéré de l'homme et offrent un caractère de discontinuité, il en est dont l'usage se comprend sans une intervention quelconque de l'homme. Et c'est précisément à l'occasion de notre servitude d'aqueduc, que la règle se trouve en défaut. Ainsi l'*aquæductus* est rangé tout d'abord et par le Digeste et par les Instituts au nombre des servitudes rurales : « Rusticorum
« prædiorum jura sunt hæc iter, actus, via, aquæ-
« ductus. » (Inst., II, 3) (L. 1, D. VIII, 3). Le texte aussi affirmatif que possible reflète le classement originaire de la servitude : originaire parce que primitivement l'*aquæductus* avait été mis au nombre des servitudes rurales et, comme telle, des *res mancipi* en raison des précieux services dont lui est redevable l'agriculture. Plus tard quand on voulut asseoir la division traditionnelle et jugée trop étroite sur des bases plus larges et moins empiriques et donner des servitudes rurales

le signalement.... *ut non habeant certam continuamque possessionem*, on put observer que, si les servitudes de passage présentaient effectivement cette particularité, il n'en était pas toujours de même pour l'aqueduc où l'eau coule soit continuellement soit à l'appel d'écluses manœuvrées d'une façon intermittente. La servitude d'aqueduc résistait donc parfois à la qualification de servitude rurale. Est-ce un aveu tacite de cette vérité que renferme le fragment suivant d'Ulpien. « Forte « si per domum quis suam passus est aquæductum « transduci. » (L. 11, § 1, D. VI, 2). Molitor le pense. Ici c'est le fonds servant qui influencerait sur le caractère de la servitude. Mais que devient alors le système laborieusement échafaudé par M. Ortolan ! Le savant commentateur se résigne à reconnaître, non sans quelque amertume, que son système reçoit en cette hypothèse un démenti formel : « Comment espérer grande harmonie, dit-il, d'une méthode qui procède par voie d'énumération traditionnelle venant plus d'une fois se heurter contre les faits, »

Nous nous associons sans réserve à ces considérations. Il ne faut pas vouloir quand même de la logique, là où les Romains ne se sont pas souciés d'en mettre.

En résumé, la servitude d'aqueduc était généralement et communément tenue pour servitude rurale conformément à l'antique classification des

servitudes, et en raison de son caractère plus fréquent de discontinuité ; mais on n'hésitait pas à la nommer servitude urbaine quand elle était établie dans des conditions telles que la possession en devint continue (Voyez en ce sens M. Molitor, *De la possession, de la revendication....*, etc., page 331.

CHAPITRE II.

DE LA QUASI POSSESSION DE L'« AQUÆDUCTUS ».

Les Romains s'étaient fait, dans le principe, une idée fort étroite de la possession. Les choses corporelles étaient seules considérées comme susceptibles de possession, tandis que les choses incorporelles, c'est-à-dire tous autres droits que le droit de propriété, ne leur paraissaient pas pouvoir être objets de possession. Ils avaient été amenés ainsi à dénier à l'exercice des droits réels de servitude les avantages qu'ils attachaient, sous certaines conditions, à la détention des choses corporelles : les interdits et l'usucapion. Mais le Préteur s'éleva à une conception plus haute et plus scientifique. Tout droit se prête à des actes matériels d'exercice. Si le législateur a cru devoir reconnaître certaines immunités à la manifestation extérieure d'un droit, il n'y a pas de bonnes raisons pour distinguer à cet égard le droit de propriété des autres droits réels. Aussi le Préteur a-t-il admis, dès le commencement du second siècle la quasi-possession des servitudes et, par voie de conséquence, les interdits quasi-possessoires et la *quasi possessio longi temporis* (L. 20, D. VIII, 1).

L'*aquæductus* est donc susceptible de quasi-possession; il y a des interdits qui lui sont propres; les titres XX du Digeste, *De aquâ cottidiana et æstiva* et XXI, *De rivis*, leur sont entièrement consacrés. Nous nous proposons d'en faire l'analyse détaillée. Dès lors il convient de réserver l'étude des conditions auxquelles la délivrance de l'interdit est subordonnée et de rechercher seulement ce qu'on doit entendre en notre matière par le *corpus* et l'*animus*, éléments essentiels de toute possession.

Il faut, en premier lieu, un acte bien caractérisé d'appropriation et d'usage; je dis un acte à dessein. Car des faits réitérés, un exercice de certaine durée ne sont point nécessaires. Ce sera, par exemple le fait de lever les vannes de la prise d'eau et des canaux secondaires et d'inonder les prairies pendant toute ou partie de la journée, *aquam ducere una die vel nocte*. Si l'irrigation est permanente, ce qui est plus rare, l'acte initial de l'aménagement de l'aqueduc et le fait de jouir des terrains arrosés constituent l'élément matériel de la quasi-possession.

Il faut, en second lieu, que l'acte allégué par celui qui prétend à la quasi-possession ait été accompli à titre de droit: il faut un *animus domini* bien caractérisé: « *Servitute usus non videtur nisi is qui suo jure uti se credidit.* » (L. 25, *quemad. servit. amitt.*). Le texte ne laisse pas d'être équi-

voque et pourrait s'interpréter en ce sens que l'*usus servitutis* implique chez l'usager non pas seulement la volonté de se comporter en maître, mais la croyance de son bon droit. Cette explication contredirait la règle générale suivant laquelle la bonne foi n'est pas exigée pour rendre la possession utile et lui assurer le bénéfice des interdits. M. de Savigny pense que le terme *credidit* n'est pas destiné à exprimer la *bona fides* mais l'*animus domini*. Il nous paraît prudent d'imiter la sage réserve de l'éminent romaniste et de ne point, sur la foi de quelques mots amphibologiques, rompre avec le droit commun et affirmer d'une manière générale que, en matière de servitudes réelles, la possession n'a d'efficacité même au point de vue des interdits qu'à la seule condition d'être de bonne foi. Laissant à d'autres le soin de résoudre le problème, nous nous bornerons à constater que la quasi-possession de l'*aquæductus* pour être utile requiert évidemment la bonne foi. Le titre de *aqua cottidiana* apporte, dans le débat ainsi limité, des textes décisifs.

Le premier concerne l'*aquæductus*, le second la servitude *pecoris ad aquam apulsus*. Le paragraphe 10 de la loi 1 est ainsi conçu : « Sed etsi « jure aqua non debetur alicui, si tamen jure du-
« cere se putavit : cum non in jure, sed in facto
« erravit : dicendum est eoque jure utimur ut
« interdicto hoc uti possit. » Traduction littérale ;

alors même que la prétention de l'usager n'est pas fondée en droit, s'il a pensé agir en vertu d'un droit, pourvu qu'il y ait eu erreur de fait et non erreur de droit, l'interdit aura lieu. Il ressort jusqu'à l'évidence de ce texte que l'usager doit être de bonne foi et que la bonne foi doit procéder d'une erreur de fait. A supposer qu'il pût subsister quelque doute sur la question, un fragment d'Ulpien formant le paragraphe 19 de la même loi ne peut manquer de le dissiper. Le jurisconsulte rapporte l'opinion d'Ariston : « *Aristo putat eum demum interdictum hoc habere, qui putat suo jure uti: non eum qui scit se nullum jus habere, utitur.* » La mauvaise foi est donc une fin de non-recevoir absolue.

Ainsi la quasi-possession de la servitude d'aqueduc est acquise à celui qui, agissant *animo domini* en retire les avantages dont elle est susceptible. La première condition, pour que cette quasi-possession ait un effet utile, soit en fait d'interdit, soit en fait de prescription, c'est la bonne foi. C'est pour ce motif que nous avons donné accès dans le présent chapitre à des développements qui se rattachaient normalement à l'analyse du titre *de aqua cottidiana et æstiva*.

Rappelons, pour en finir avec cette matière, que la quasi-possession, comme la possession des choses corporelles, s'acquiert et s'exerce par des représentants.

CHAPITRE III.

DE L'ACQUISITION DE LA SERVITUDE D'AQUEDUC.

La constitution d'une servitude procède de la loi, des pouvoirs du juge ou de la volonté de l'homme. Dans ce dernier cas, il y a, pour parler le langage de Donellus, *privata constitutio*, laquelle peut être envisagée à trois points de vue : 1^o *Constituendi modus* ; 2^o *Persona constituentis* ; 3^o *Persona acquirentis*. Nous adopterons, à peu de choses près, cette division tripartite.

§ 1^{er}. *Comment s'établit la servitude d'aqueduc.*

LA LOI. — Le droit romain ne reconnaît point de servitude légale d'*aquæducendæ*. Le propriétaire d'une entrave est autorisé à traverser les champs qui l'étreignent (L. 12, D. XI, 7), mais il ne peut forcer ses voisins à souffrir le passage des eaux destinées à l'irrigation. Cette faculté précieuse pour les cultivateurs était, au contraire, nous avons eu l'occasion de le dire plus haut, inscrite à leur profit dans les lois de Solon.

L'ADJUDICATION. — Je n'ai rien à dire de spécial sur l'adjudication. La servitude d'aqueduc sera

notamment établie sur un lot au profit de l'autre lot (L. 22, § 3, *Famil. erciscund.*, X, 2).

LA VOLONTÉ DE L'HOMME. — Elle revêt deux formes, l'acte de dernière volonté ou l'acte entre vifs.

L'*aquæductus* ne pouvait, en droit classique, être constitué que par legs *per vindicationem*. Ainsi quand la disposition testamentaire s'offrait sous la forme d'un legs *per damnationem*, elle imposait seulement à l'héritier l'obligation personnelle de constituer au profit du légataire un jus *aquæducendæ* par les modes usités à cet effet.

Quand Gaius s'exprime en ces termes : « Po-
« test etiam in testamento heredem suum quis
« damnare... ut patiatur vicinum per fundum
« suum aquam eo ducere » (L. 16, *comm. præd.*
VIII, 4), le jurisconsulte n'entend pas dire que le légataire est investi d'un droit réel, mais seulement que l'héritier est tenu de souffrir les actes nécessaires à l'établissement de l'aqueduc. La *patientia* de l'héritier vaudra quasi-tradition et constitution du droit réel. Sous Justinien, ce vain formalisme a disparu et l'empereur, en insérant dans le Digeste le texte de Gaïus, a voulu montrer que, quelle que fut la formule, le legs peut créer un droit réel d'aqueduc.

Par acte entre-vifs, l'*aquæductus* s'établissait dans le droit civil ancien, par voie de *mancipatio* et d'*in jure cessio*. La dernière de ces deux formes

qui se maintint longtemps après l'autre disparut définitivement avec Justinien. Aussi ce prince a-t-il grand soin d'éliminer les mots *in jure* dans les fragments des jurisconsultes où ce mode d'acquérir est mentionné; par exemple : « per quem
« locum viam alii cessero, per eundem alii aquæ-
« ductum cedere non potero. » (L. 14. Pomponius, *de servit. præ. rust.*).

Mais qu'est-ce que le Prince entend désigner par cette expression tronquée? Veut-il que la convention ait pour effet d'engendrer un droit réel de servitude, ou bien, suivant les errements du passé, veut-il que les pactes et stipulations, non suivis de quasi-tradition, ne donnent naissance qu'à une obligation *ad tradendum* ou *ad dandum*. On a soutenu que le paragraphe 4 du titre III des servitudes prédiales aux Institutes consacrait cette grande innovation. Le texte est ainsi conçu : « Si quis velit vicino aliquod jus
« constituere pactionibus atque stipulationibus
« id efficere debet. »

Afin de bien comprendre dans quels termes se pose la controverse; il faut se rappeler que la *mancipatio* et l'*in jure cessio* ne pouvant être employées sur le sol provincial, le préteur imagina, pour y suppléer, l'expédient des pactes et des stipulations : « In provincialibus prædiis si quis... agendi
« aquamve ducere constituere velit, pactionibus
« stipulationibusque efficere debet. » En exécu-

tion du pacte, le propriétaire du fonds servant laissait l'usager jouir en paix de sa concession; l'*usus* et la *patientia* opéraient tradition et la servitude était constituée à titre de droit réel prétorien. A l'époque de Justinien, il n'existe plus de différence entre le sol italique et le sol provincial, entre le droit prétorien et le droit civil. Le prince s'est borné à consacrer définitivement une fusion qui s'était peu à peu accomplie dans la pratique judiciaire. En un mot, nous estimons, sans entrer plus avant dans le débat, que la convention seule est impuissante, dans le dernier état du droit, à produire un droit réel de servitude.

Avant de passer outre, je dois signaler un texte qui paraît favoriser notre manière de voir. Dans un fragment d'Africain inséré au Digeste (L. 33, *de servit. præd. rust.*) il est question d'un aqueduc traversant plusieurs propriétés et sur lequel l'usager voudrait concéder au profit des maîtres desdits héritages un droit réel de puisage. Comme il est de principe que servitude sur servitude ne vaut, la combinaison n'est pas réalisable. Toutefois, si un pacte ou une stipulation accompagne l'acte solennel qui devait constituer le droit réel, la cession n'est pas dénuée de toute efficacité; elle aboutit, tout au moins, à une obligation personnelle à la charge de l'usager. En donnant accès à ce texte, sans lui imposer de modification, Justinien paraît indiquer qu'il n'a pas agrandi le rôle

de la stipulation; elle intervient dans la cession pour enchaîner le cédant. Mais il faut quelque chose de plus pour créer le droit réel.

L'USUCAPION. — La loi *Scribonia* avait retréci singulièrement le domaine de l'usucapion qui, dans le très ancien droit, était admise même en matière de servitudes (L. 4, § 29, D. XLI, 3). L'établissement illégitime d'une servitude sollicite à un degré moindre la vigilance du propriétaire que l'appréhension de son bien; c'est un empiètement qui se produit sous une forme plus discrète. Des usurpations de fraîche date s'étaient trouvées consolidées. De là, sans doute, un mouvement de réaction qui donna lieu à la loi *Scribonia*. L'*aquæductus* subit la loi commune; toutefois il est une circonstance dans laquelle l'usucapion produira encore ses effets : « *Servitus hauriendæ aquæ vel ducendæ biennio omissa intercidit et biennio usurpata recipitur* (Paul, Sent. 1, 17, 2). La servitude de puisage ou d'aqueduc s'éteint par un non-usage de deux ans mais revit quand l'usage reprend pendant une même durée sans réclamation. A cette explication qui me paraît la plus plausible, on a proposé d'en substituer une autre qui consiste à dire que la servitude se périme par un non-usage de deux ans, mais que des actes d'exercice accomplis avant l'expiration du délai interrompent la prescription. Je donne la préférence à la première de ces deux interpré-

tations : 1^o parce que, suivant l'observation très juste de M. Ortolan, le texte porte *servitus usurpata* (servitude fréquemment exercée) et non *usucapio usurpata* (usucapion interrompue; 2^o parce qu'elle limite d'une manière très équitable la portée de la loi *Scribonia*. S'il était désirable que les propriétaires fussent mis à l'abri d'entreprises illicites, consommées dans le bref délai de deux années, il était aussi bien rigoureux d'enlever le bénéfice de l'usucapion à des usagers réellement investis du droit mais menacés de le perdre par suite de leur négligence. Quoi qu'il en soit, les longues possessions en matière de servitudes se trouvaient sans protection : il y avait une lacune que le préteur se chargea de combler.

L'accord est loin de régner entre les interprètes sur les conditions de la *quasi possessio longi temporis*. Qu'y a-t-il d'étonnant puisque Justinien reconnaît déjà la matière comme des plus ardues, des plus obscures (L. 10, D. VIII, 5).

Les textes que nous possédons sur la question concernent pour la plupart l'aqueduc : en les expliquant nous mettrons le doigt sur les problèmes à résoudre.

L'*aquæductus* peut s'acquérir par le long usage ; autrement dit l'usage prolongé dispense celui qui l'allègue et l'établit, de toute autre preuve :
« Si quis diuturno usu et longa quasi possessione
« jus aquæducendæ nactus sit, non est ei necesse

« docere de jure quo aqua constituta est. » (L. 10, Ulpien, *Si servit. vindic.*, VIII, 5). Que devient, en présence d'une disposition aussi claire, la doctrine très accréditée au moyen âge des glossateurs, suivant laquelle la prescription n'était, en droit romain, applicable qu'aux servitudes continues et non aux servitudes discontinues. On sait que notre Code civil a accueilli la distinction proposée par les glossateurs, mais on peut affirmer qu'elle était inconnue en droit romain. « La servitude d'aqueduc, fait observer judicieusement Donellus, a, suivant le cas, le caractère de servitude continue ou de servitude discontinue, et cependant tout le monde est unanime à reconnaître que le long usage peut toujours aboutir à la constitution de l'*aquæductus*. « Omnes concedunt longo tempore « usu acquiri. » (Donellus, tome VI).

Les jurisconsultes n'avaient point de terminologie bien arrêtée pour désigner le mode d'acquérir les servitudes par le long usage. Dans le texte rapporté ci-dessus, Ulpien dit que le *jus aquæ ducendæ* peut dériver... *diuturno usu et longa quasi possessione*. Scevola, au titre *de aq. et aquæ pluvix arcendæ*, parle de *ductus aquæ quibus auctoritatem vetustas daret*; ailleurs il s'agit de la *longi temporis consuetudo*. L'emploi de formules aussi diverses et un peu vagues accuse des dissemblances entre la théorie de la *longi temporis possessio* et celle de la prescription des servitudes

par le long usage. Il nous reste à les marquer.

L'usager d'une prise d'eau se voit contester le droit d'aqueduc dont il jouissait depuis nombre d'années ; il ne peut produire le titre qui légitime sa possession. A quelles conditions un long état de fait lui en tiendra-t-il lieu ?

1^o Il faut qu'il ait une quasi-possession exempte des vices de violence, précarité, clandestinité.

2^o Il faut que la bonne foi accompagne la quasi-possession. On a ci-dessus montré que l'interdit *de aqua* n'appartient qu'au possesseur de bonne foi. *A fortiori*, la bonne foi paraît devoir être exigée en matière de prescription (L. 1, § 10, D. XLIII, 20). La bonne foi se présumera.

3^o La juste cause (*justus titulus*) au contraire n'est pas nécessaire. La loi 10 au titre *si servit. vindic.*, n'en fait pas une condition *sine qua non* de succès pour l'usager dans l'exercice de l'action utile. Peu importe que la quasi-possession ait pour point de départ telle ou telle circonstance, l'essentiel est qu'aucun vice ne vienne l'altérer et qu'elle ait duré *tot annos*.

4^o Le laps de temps visé par cette expression est-il, dans la pensée d'Ulpien, d'une durée fixe et invariable *statutum tempus*, ou bien le jurisconsulte a-t-il entendu dire que le préteur n'imposait pas la preuve d'un nombre d'années d'usage déterminé. Voici le texte d'Ulpien : « Ut ostendat « perannos forte tot usum se, non vi, non clam, non « precario possedisse. »

Les auteurs sont divisés. A mon sens, le préteur avait abandonné au juge le soin d'apprécier si la quasi-possession comptait d'assez longues années de paisible exercice pour appeler sa sollicitude sur l'usager. Qu'y a-t-il de plus indécis, de plus élastique que les formules usitées en ces conjonctures? *vetustas, longa consuetudo*. Si l'aqueduc a demandé des travaux d'art importants, si la dérivation se produit d'une manière permanente et absorbe un volume d'eau considérable, qu'en un mot la charge de la servitude soit telle que la résignation apparente du propriétaire ne puisse s'expliquer raisonnablement que par l'existence d'un titre dont l'usager ne peut pas faire la production, alors le juge se contentera d'une possession de 20, 10 ans ou même d'une possession de moindre durée.

Mais si la prise d'eau est de médiocre importance, qu'elle n'est mise en jeu qu'à des intervalles plus ou moins éloignés, on peut soupçonner que l'abstention du propriétaire n'est que tolérance et longanimité et il faut de longs jours pour la faire dégénérer en inertie. Le juge sera, dans ces conditions, plus sévère. Un usage de 10 ou 20 ans n'obtiendra pas sa protection; il faudra une possession immémoriale : « *Ductus aquæ*
« *cujus origo memoriam excessit, jure constituti*
« *loco habetur.* » (L. 3, § 4, D. *de aq. cottid. et æstiv.*). Là se trouve en germe la théorie de la

prescription des servitudes discontinues par l'usage immémorial. Mais dans sa formule absolue et définitive, la théorie n'est pas romaine : elle est l'œuvre des glossateurs.

Les interprètes sont loin de partager, sans restriction, notre manière de voir. M. Molitor, entre autres, assimile, quant au temps requis, la *quasi possessio longi temporis* et la *possessio longi temporis* applicable aux immeubles. L'argument le plus considérable invoqué dans ce sens est tiré de la loi 2 au Code, III, 34. L'empereur Antonin s'exprime en ces termes : « Si aquam per possessionem « Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo « rerum immobilium tempore quæstisti. » L'objection n'est pas décisive ; car, ainsi que le fait fort justement observer M. Accarias, l'examen de l'espèce et du rescrit de l'empereur prouve que ce texte ne se réfère point à la durée de la quasi-possession.

§ 2. Qui peut concéder un droit d'aqueduc.

La concession du *jus aquæducendæ* doit émaner du propriétaire de l'eau ou des terrains intermédiaires que l'aqueduc traversera. Si le fonds servant est à l'état indivis, la concession doit être agréée par tous les co-propriétaires. C'est une conséquence de l'indivisibilité de la servitude. Toute-

fois il n'est pas indispensable que les adhésions se manifestent simultanément. Le consentement donné après coup par les ayant-droit régularise rétroactivement l'opération (L. 10, D. *de aq. et aq. pluv.*). Doivent être consultés non-seulement les co-propriétaires mais aussi les personnes auxquelles un droit d'usage sur l'eau a été antérieurement consenti, « verum eorum etiam ad quos aquæ « usus pertinet, voluntas exquitur. » (L. 8, D. *de aq. et aq. pluv.* — L. 4, Code, *de servit. et aq.*). Toutefois le titulaire d'un droit d'aqueduc ne saurait mettre obstacle, par pur esprit de chicane, à la concession ultérieure d'un droit de prise d'eau sur la même source, d'un passage par les mêmes conduites, du moment que ses droits n'en sont ni gênés ni amoindris. Il ne faut pas oublier que le droit du propriétaire n'est paralysé par une servitude prédiale que dans la limite des besoins du fonds dominant. Quand ces besoins sont satisfaits le propriétaire reprend son droit de disposition. (L. 4, Julianus, D. *de aq. cottidiana et æstiva*).

§ 3. *Quels fonds peuvent être grevés de la servitude d'aqueduc.*

Les immeubles qui ne sont pas *in commercio* ne sauraient être grevés d'une servitude d'aqueduc. Si l'eau est prise directement à une rivière

publique, il ne peut y avoir servitude. De même l'interposition d'un chemin public fait obstacle à l'établissement de l'aqueduc. Le prince peut, toutefois, autoriser l'usager à passer outre. Il est des obstacles invincibles: telle est la présence d'une sépulture (L. 14, *de servit.*, VIII, I). Enfin, tant que la distinction du domaine quiritaire et du domaine provincial se maintint, l'*aquæductus* ne jouit pas d'une égale protection suivant qu'on se trouvait en Italie ou en province. C'est par référence, sans doute, à cet état de choses passé que l'empereur Alexandre écrit: « Et in provinciali prædio cons-
« constitui servitus aquæ potest., tueri enim pla-
« cita inter contrahentes, » (L. 3, Code, *De servit. et aq.*).

CHAPITRE IV.

DES RÈGLES RELATIVES A L'USAGE DE L'AQUEDUC.

§ 1^{er}. *Mode de jouissance de l'usager.*

a. Sur quelles parties du fonds peut être établie la conduite d'eau. — *b.* Travaux que l'usager est autorisé à exécuter. — *c.* Quantité d'eau à laquelle il a droit.

a. Quand le titre a déterminé les lieux sur lesquels s'exercera la servitude, point de difficulté. Mais en l'absence de toute stipulation, il est de principe que le fonds servant tout entier est asservi. « Si mihi concesseris iter aquæ per fundum tuum non destinata parte per quam ducerem : totus fundus tuus serviet. » (L. 21, D. *de servit. præ. rust.*). Dans ce cas, il appartient au concessionnaire de fixer l'assiette de la servitude : mais il doit user de son droit *civiliter*. Ainsi les lieux qui au moment de la cession étaient couverts de bâtiments ou plantés de vignes ou de bois sont indemnes. Si les parties ne tombent point d'accord un arbitre décidera (L. 22, D. *de servit. præ. rust.*).

La loi 26, au Digeste VIII, 3, paraît contraire à la règle générale suivant laquelle le choix du lieu est dévolu au titulaire de la servitude ; car, à propos du legs d'un aqueduc, elle laisse à l'héritier,

c'est-à-dire au propriétaire du fonds servant, le soin de déterminer les lieux par lesquels il passera. La décision de Paul est, en elle-même, et pour l'époque où elle a été rendue, absolument correcte; elle se réfère, en effet, à un legs *per damnationem*. Or, une disposition testamentaire de cette forme constituait l'héritier simplement débiteur. Il était loisible à ce dernier, comme débiteur d'une chose indéterminée, de se libérer par une *optio*. Sous Justinien, le legs d'une servitude, quelle que soit la formule adoptée, aboutit à la translation d'un droit réel; le légataire aura donc le choix. Il ne faut donc pas adresser le reproche au jurisconsulte, mais bien aux compilateurs de Justinien qui auraient dû remanier le texte pour le mettre en harmonie avec la législation nouvelle (22, Inst. *de legatis*).

b. L'usager peut faire les travaux nécessaires pour s'approprier l'usage de l'eau. Cette faculté est réglée par le titre, si le titre ne s'explique point, par la coutume. Ainsi l'usager ne saurait, à moins d'y être autorisé par sa concession, bâtir un aqueduc en pierre (L. 17, Paul, D. *De aq. et aq. pluv. arcend.*). Toute gêne inutile, sans profit pour l'usager, apportée au droit de propriété, est proscrite, mais toute amélioration propre à régulariser et à accroître le débit de la dérivation est permise pourvu qu'elle ne lèse point des droits acquis. Ainsi, pour empêcher l'infiltration, on

peut conduire l'eau à travers des tuyaux (L. 15, D. *de servit. præ. rust.* — L. 3, D. *de aqua cottid. et æst.*). D'autre part, on ne saurait faire grief à l'usager d'un événement d'ordre naturel auquel il est demeuré étranger. Des pluies torrentielles, une source cachée venant sourdre dans le canal, en grossissent les eaux : les riverains ne sont pas fondés à se plaindre des ravages causés par l'inondation (L. 20, D. *de servit. præ. rust.*). « *Servitus*
« *naturaliter, non manufacto cedere potest fun-*
« *dum servientem.* » Prise à la lettre, la maxime aboutirait à des résultats absurdes. Il est incontestable que l'usager peut entreprendre des travaux de restauration et, dans ce but, exiger l'accès du canal pour ses ouvriers et ses charrois, et, sur les deux rives, un espace suffisant pour déposer les matériaux nécessaires, chaux, sable, ciment (L. 11, D. *Communia præd.*).

c. La convention règlera généralement la quantité d'eau à laquelle l'usager est en droit de prétendre. Deux combinaisons s'offrent aux parties : ou bien il est convenu que l'eau coulera pendant un laps de temps déterminé, ou bien que le concessionnaire aura droit à tant de mesures d'eau. L'administration des eaux publiques recourait de préférence au second procédé dans ses rapports avec les particuliers. Frontin, dans son ouvrage *de aquæductibus*, traite en grand détail des mesures adoptées par la Régie, dont il avait eu d'ail-

leurs longtemps la haute direction. Sous Agrippa, l'unité légale de mesure fut le quinaire. Avant le quinaire, on se servait de l'once et du doigt (L. 37, D. *de servit pr. rust.*).

On peut se convaincre, en parcourant les textes du Digeste, que ce mode d'arbitrer le volume d'eau dû à l'usager ne prévalut pas en économie rurale : on préférerait stipuler que la prise d'eau resterait ouverte un jour, une nuit, ou même quelques heures (L. 7, D. *Quemad servit. amitt.*). Si l'eau est abondante, la concession autorisera les ayant-droit à dériver l'eau le même jour aux mêmes heures (L. 2, D. *de servit pr. rust.*). Mais, en général, les usagers se succéderont les uns aux autres. Un différend surgit-il entre le concessionnaire et le propriétaire de la source, le juge consulte d'abord les titres ; il ne doit pas attribuer à l'usager une quantité d'eau proportionnelle à l'étendue des fonds irrigués : règle très juste, car il ne saurait dépendre du concessionnaire d'aggraver indéfiniment les charges de la servitude en augmentant son domaine par des acquisitions nouvelles : « non modus prædiorum, « sed servitus aquæducendæ (le titre) terminum « facit. » (L. 12, Code III, 34). Faute de titre ou dans le silence du titre, le juge s'enquiert de la coutume : les parties sont réputées s'y être référées tacitement. La règle a ses tempéraments. Si les statuts locaux accordent au fonds dominant un volume

d'eau tel que le fonds servant soit désolé par la sécheresse, le juge (*præses provinciale*), fera fléchir l'usage devant une interprétation raisonnable de la volonté des parties qui n'ont certainement pas entendu consacrer un résultat aussi désastreux.

§ 2. Du droit de disposition de l'usager.

Le titulaire d'un droit d'aqueduc ne peut, en principe, faire de son droit l'objet d'une disposition à titre gratuit ou à titre onéreux. Ce serait contrevenir à la maxime : *servitus servitutis esse non potest*, fondée sur l'idée que la servitude, étant établie entre deux fonds déterminés, ne saurait être appliquée aux besoins d'un autre fonds. En conséquence le maître d'un héritage arrosé par une conduite d'eau ne peut léguer ni l'usage ni l'usufruit de l'aqueduc (L. 1, D. *de usu et usufr.*, XXXIII, 2). Comme conséquence du même principe, la loi 24 (D. VIII, 3) consacre une décision de Proculus suivant laquelle l'usager ne peut concéder (*commodare*) aux riverains de l'aqueduc une prise d'eau.

Dans la loi 33 *de servit præd. rust.*, à laquelle il a déjà été fait allusion ci-dessus, il est question d'un droit de puisage consenti dans des conditions analogues. L'opération, en elle-même, n'est pas

valable; quid si elle est accompagnée de pactes et stipulations. La loi 33 paraît indiquer le procédé comme propre à restituer quelque effet à la cession. Mais quel est cet effet? Sur ce point, les interprètes ne sont pas d'accord et proposent du texte deux versions différentes. La disposition empruntée à Africain est ainsi conçue : « Per plurimum prædia aquam ducis, quoquo modo imposta servitute nisi pactum vel stipulatio de hoc subsecuta est, neque eorum cuius neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere : pacto enim vel stipulatione intervenientibus hoc concedi solet, quamvis nullum prædium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest. » Suivant les uns, le jurisconsulte a voulu exprimer l'idée que l'usager a pris l'engagement par stipulation de laisser puiser l'eau. De droit réel de puisage, il n'en naît point, mais l'usager sera personnellement tenu de respecter un état de fait très analogue à la servitude. Suivant d'autres, la stipulation serait intervenue lors de la concession du droit d'aqueduc. En obtenant originairement l'agrément du propriétaire de la source, la constitution du droit réel de puisage est possible (1). Car il n'y a pas servitude sur ser-

(1) L'opération s'analyserait alors en un mandat donné originairement par le propriétaire de la source de constituer la servitude par quasi-tradition.

vitude, mais concession d'une seconde servitude sur un fonds déjà grevé d'une servitude au profit d'un autre fonds. La première interprétation nous paraît la plus naturelle et surtout la plus conforme à la vérité.

Par dérogation au principe que les servitudes étant inséparables du fonds ne sont pas susceptibles d'être aliénées, le droit d'aqueduc ainsi que les servitudes rurales peuvent être l'objet d'une hypothèque. En conséquence est valable la convention conclue en ces termes : Tant que la dette ne sera pas payée, le créancier pourra exercer à son profit le droit d'aqueduc, et si dans les délais fixés le remboursement n'a pas lieu, il pourra vendre le droit à un voisin (L. 12, D. XX, 1). « Sed an viæ... aquæductus pignoris locum habeat videndum esse Pomponius ait ut talis pactio fiat ut quamdiu pecunia soluta non sit eis servitutibus creditor utatur scilicet si vicinum fundum habeat : et si intra diem certum pecunia soluta non sit. » M. Molitor professe que ce texte concerne non pas une servitude établie, mais une servitude à établir.

De son côté M. Accarias pense que l'hypothèque est bien constituée sur une servitude actuellement établie. Il fait observer avec raison, qu'il eût été inutile d'exiger que le créancier eût la propriété d'un fonds voisin, si tout se fût réduit

à créer un droit de servitude au profit d'un tiers (1).

§ 3. *Obligations du propriétaire du fonds servant.*

Les droits du concessionnaire de l'aqueduc ont pour corrélatif les obligations du propriétaire du fonds servant. Malgré la concession, le maître de l'héritage où jaillit la source demeure propriétaire des eaux et du terrain sur lequel passe la conduite d'eau; il peut en disposer, mais il doit s'abstenir de tout acte juridique, de tout fait matériel qui serait de nature à contrarier l'exercice de la servitude. Voici quelques applications de la règle. En consentant un droit d'aqueduc on s'interdit la faculté de concéder un droit de passage sur les mêmes lieux (L. 14, D. Pomponius, *de servit. pr. rust.*). Quand une source a déjà fait l'objet d'une concession, le propriétaire de la source doit avant d'en faire une seconde, s'assurer de l'agrément du premier concessionnaire ou tout au moins prendre des arrangements tels que ses intérêts ne soient pas lésés (L. 8, D. *de aq. et aq. pluv.*).

De même le propriétaire du fonds servant ne saurait imprimer le caractère religieux à l'une des rives du canal en inhumant un mort de telle sorte que le libre accès des berges et le curage de l'aqueduc deviennent impossibles (L. 11, Pomponius, D. *Commun. præd.*).

(1) Accarias, tome I, n° 286, note 2.

CHAPITRE V.

DE L'EXTINCTION DU « JUS AQUÆ DUCENDÆ ».

Le droit d'aqueduc s'éteint comme les autres servitudes prédiales : il prend fin :

1^o *Par la confusion.*

2^o *Par la remise expresse ou tacite du droit.*

Ainsi j'autorise le propriétaire du fonds asservi à élever des bâtiments là où doit passer la conduite d'eau.

3^o *Par la perte de la chose.*

Si l'extrême sécheresse tarit la source qui alimente l'aqueduc, le droit est-il anéanti ? Qu'advient-il si la source recommence à couler après une interruption plus ou moins prolongée ?

Papinien avait prévu le cas : « Si fons exaruerit « ex quo ductum aquæ habeo isque post constitu-
« tum tempus ad suas venas redierit ; an aquæ-
« ductus amissus erit quæritur ? » La réponse ne fait pas de doute. Le droit était perdu, non pas *interitu rei*, ce qui supposerait l'anéantissement du fonds servant, mais par le non usage pendant deux ans. En pareille hypothèse l'usager avait la ressource de s'adresser au Prince et de demander la *restitutio*.

Paul nous rapporte un rescrit rendu en faveur

d'un certain *Statilius Taurus*. Celui-ci alléguait dans sa requête que le *non usus* ne provenait point de sa faute ou de sa négligence mais d'un cas de force majeure, et demandait à être relevé des rigoureuses conséquences de la prescription. L'Empereur accueillit sa demande (L. 34, 35, D. VIII, 3).

PAR LE NON-USAGE. — Les servitudes rurales s'éteignaient par le non-usage de deux ans (*non utendo pereunt*). La règle absolument correcte quand la servitude comportait, pour être exercée, le fait réitéré de l'homme, devenait défectueuse quand la servitude, comme la servitude d'aqueduc, présentait un caractère de continuité. Peut-être, c'est une conjecture que nous avons émise, l'aqueduc prenait-il alors l'appellation de servitude urbaine. Il ne paraît pas, cependant, que les jurisconsultes se soient embarrassés de ces discordances. La pratique n'hésitait pas, fait observer M. Ortolan, pour se mettre en accord avec les faits, à dévier de la doctrine, ainsi la conduite d'eau offrit-elle une série de travaux, ponts, arcades, assis en permanence sur le fonds servant, elle n'en était pas moins considérée comme servitude discontinue et de celles qui périssent par le non-usage sans nécessité d'une contradiction opposée par le propriétaire du fonds servant, *usucapio libertatis*. La décision se justifie encore s'il s'agissait d'eaux dérivées, à heure dite, par éclusées dans le canal : le passage de l'eau est bien in-

termittent; mais l'aqueduc peut être établi dans des conditions telles que l'eau afflue d'une façon permanente sans le secours de vannes ni d'écluses. Il eût, peut-être, été logique d'exiger que la prescription extinctive courrait seulement du jour où le propriétaire du fonds asservi, s'insurgeant contre cet état de choses, bouche la prise d'eau, comble les conduites, en un mot revendique la liberté de son héritage. Cependant les jurisconsultes n'exigeaient pas dans cette hypothèse l'*usucapio libertatis* (Voir en ce sens M. Ortolan, tome II, p. 336. — Paul, *Sentences*, 1, 17, § 1.

A quel moment peut-on dire que le concessionnaire n'use plus de son droit. On doit tenir pour *non usus* non seulement l'abstention absolue mais encore l'usage qui diffère essentiellement du titre. Si celui qui a le droit de conduire l'eau pendant la nuit, l'a dérivée pendant le jour, il aura perdu le *jus aquæducendæ* pendant la nuit (L. 10, D. *quemad. servit. amitt.*). De même si je prends l'eau à une source autre que la source désignée dans mon titre, la servitude s'éteint *non utendo*.

Ainsi l'exercice de la servitude, pour entraîner *usurpatio libertatis*, doit être conforme au titre, mais il n'est pas nécessaire qu'il soit intégral; fût-il partiel, il sort avec son plein et entier effet. Par exemple, quand l'eau a pénétré dans l'aqueduc sans en atteindre l'extrémité, le droit échappe à la péremption (L. 9, D. *quemad. servit. amitt.*).

Un acte qui matériellement parlant peut être considéré comme constituant un acte d'usage ; est sans efficacité si son auteur n'a pas l'intention d'exercer la servitude comme un droit. Mais l'acte est interruptif de prescription du moment qu'il émane d'une personne ayant la conviction d'exercer un droit pour le compte du fonds, associé, usufruitier, possesseur de bonne foi (L. 5, D. *quemad. servit. amitt.*). Ce principe étant posé, on comprendra sans peine la décision rendue par Julien dans l'hypothèse suivante : Deux propriétaires jouissent à des heures différentes d'un droit de prise d'eau, la dérivation a lieu par le même canal ; ils conviennent de permuter entre eux pour les heures de jouissance. Deux ans s'écoulent sans que ni l'un ni l'autre n'ait exercé la servitude au moment qui lui était assigné par le contrat d'acquisition. La servitude est-elle éteinte ? Le jurisconsulte répond négativement (L. 5, D. *de aq. cottid. et æst.*).

Point de départ de la prescription.—La prescription extinctive ne court que du jour où la servitude est constituée comme droit réel. Je vends partiellement un héritage, mais je me réserve sur la portion démembrée un droit d'aqueduc. Le laps de temps de la prescription s'écoule avant que le canal ait été commencé. Je ne suis pas déchu du droit d'aqueduc parce que ce droit n'était pas né. Si des travaux ont été exécutés, la déchéance peut s'accomplir (L. 19, D. *quemad. servit. amitt.*). J'en-

registre cette décision non sans faire observer qu'il eût été plus conforme aux principes de reporter le point de départ de la prescription au jour où l'aliénation partielle du fond a été consommée par la tradition. En effet, au moment même où le démembrement devient définitif, la servitude, étant établie par voie de *deductio* prend naissance sans qu'il soit besoin de quasi-tradition et la prescription pour le cas échéant, suivra son cours (Voir cependant Molitor, page 478).

Quand un domaine passe entre plusieurs mains, le temps pendant lequel le dernier possesseur n'a pas usé vient se grossir, pour le calcul de la prescription, de celui pendant lequel ses auteurs ont montré la même inertie : « Tempus quo non est
« usus præcedens fundi dominus cui servitus de-
« betur, imputatur ei qui in ejus loco succedit. »
(L. 18, D. *quemad. servit. amitt.*)

La prescription extinctive s'accomplit par deux ans en droit classique, par dix ans entre présents, vingt ans entre absents sous Justinien ; ce laps de temps peut être prorogé s'il s'agit de servitudes alternatives. Paul examine la question à propos du *jus aquæducendæ*. Voici la règle qu'il pose : Si le titre ne donne droit à la prise d'eau qu'un mois, une saison, une année sur deux, on tiendra compte de cette circonstance dans le calcul du délai ; l'inaction de l'usager est, dans une certaine mesure, forcée. On prenait un moyen terme : Si les

intervalles étaient d'un mois, d'une saison, d'une année, la durée de la prescription était doublée ; si les intervalles étaient seulement d'un jour ou de quelques heures, les règles ordinaires ne subissaient aucune modification (L. 7, D. *quemad. servit. amitt.*). Justinien consacra une distinction analogue, seulement le temps requis pour la prescription ne peut jamais excéder vingt ans.

Un acte matériel d'exercice est, pour l'usager, le seul moyen d'interrompre la prescription. Disons-le par anticipation et sans insister, l'action confessoire n'a pas cet effet. Vainement l'usager aurait-il gain de cause, la prescription a continué à courir pendant le procès, et la preuve en est qu'une *restitutio* est nécessaire pour le réintégrer dans la plénitude de ses droits.

DEUXIÈME PARTIE



INTRODUCTION.

L'état de servitude, par l'antagonisme permanent qu'il crée entre des intérêts contraires, est, en lui-même, gros de querelles et de conflits. Mais, entre toutes, la servitude d'aqueduc fournira ample matière à la chicane. Il s'agit de transaction sur l'élément vital par excellence, l'eau, dans un pays où la nature l'a parfois dispensé d'une main avare. Les intéressés souffriront difficilement la plus légère atteinte à leurs droits. L'étymologie de notre mot rival dérivé en droite ligne de *rivalis* est tout-à-fait significative. L'usager rencontrera fréquemment des résistances. De quels moyens la loi l'a-t-il armé pour en triompher. Avant de répondre à cette question, il est rationnel de rechercher sous quelle forme et comment se produira l'attaque. Le propriétaire du fonds servant qui, par esprit de chicane ou juste grief, se propose d'inquiéter le possesseur de l'aqueduc a deux procédés : les voies de fait et les voies de droit. Des

voies de fait, je n'en ai rien à dire ; les voies de droit, c'est-à-dire la contradiction se manifestant sous une forme légale et solennelle pourront être : la *novi operis nunciatio*, l'interdit *uti possidetis*, l'action négatoire.

La dénonciation de nouvel œuvre, *novi operis nunciatio*, arrête à leur début les travaux d'art entrepris par l'usager : je dis à leur début, parce que l'opposition pour être utile doit se produire avant que les travaux ne soient achevés : « nam si »
« quid operis fuerit factum quod fieri non debuit, »
« cessat edictum de operis novi nunciatione. »
(L. 1, D. *de operis novi nunciatione* XXXIX, 1).

L'aqueduc fini, l'usager n'a plus, pour le moment, à craindre la *novi operis nunciatio*, mais s'il veut dans la suite, y mettre de nouveau les ouvriers, la dénonciation pourra l'empêcher de poursuivre son ouvrage. Par exception, le Préteur a jugé à propos de soustraire à l'action préventive de la dénonciation les travaux de simple entretien et curage de l'aqueduc. Ulpien en nous faisant connaître l'exception, essaie de la justifier ; ses raisons sont peu satisfaisantes (L. 1, D. *de rivis*). Le Préteur se mettrait en contradiction avec lui-même, dit le jurisconsulte, en défendant qu'il soit fait violence à l'usager d'une part, et en autorisant d'autre part contre lui la dénonciation de nouvel œuvre : si cette observation était juste, il faudrait proscrire la dénonciation de nouvel

œuvre toutes les fois que l'usager prétend avoir la quasi-possession. Or la dénonciation n'implique pas une négation de la possession puisqu'elle la reconnaît implicitement, mais un sur-sis, avant tout débat sur le fond du droit, à des travaux dont la perpétration peut causer un préjudice irréparable.

En limitant le domaine de la *novi operis nunciatio*, le Prêteur a obéi à des considérations d'intérêt général. Différer le curage ou la réfection d'un fossé, d'un canal d'irrigation, c'est compromettre l'hygiène, la sécurité publique : « Operis « novi nunciatio merito prohibetur cum publicæ « salutis et securitatis intersit rivos purgari. » (L. 5, D. de operis novi nunciatione). La loi 5 est empruntée à Ulpien; on peut s'étonner que ce jurisconsulte en nous rapportant la même règle au titre de *rivis* ait abandonné l'explication si sensée, si plausible qu'il en avait donné au titre de *operis novi nunciatione*.

Il est des circonstances où le propriétaire du fonds servent, soit qu'il ne puisse plus recourir à la dénonciation en raison de la nature des travaux, soit qu'il ne veuille pas en usant de cette voie perdre le bénéfice de la possession, engagera les hostilités sous une autre forme. Les agissements de l'usager constituant un trouble à sa possession, il s'armera de l'interdit *uti possidetis*. Mais l'interdit n'est pas délivré dans sa forme ordinaire. Il n'est pas

double puisque les parties ne prennent pas dans le débat une position identique et diamétralement opposée. L'interdit sera simple; il n'y a qu'une *sponsio* suivie d'une *restipulatio* (1).

La *novi operis nunciatio* n'est qu'un expédient temporaire : le propriétaire du fonds servant doit, dans un bref délai, agir au pétitoire pour démontrer le bien fondé de son opposition, car *operis novi nunciatione possessorem eum* (l'usager dans notre espèce) *faciemus, cui nunciaverimus* (L. 5, § 10, D. *de operis novi nunciat.*).

La nécessité d'avoir recours à l'action réelle s'impose encore si le propriétaire du fonds servant a succombé au possessoire, soit qu'il ait pris lui-même l'initiative de l'interdit *uti possidetis*, soit qu'il ait provoqué son adversaire à l'interdit *de aqua cottidiana et æstiva*.

L'action réelle, suprême ressource du propriétaire du fonds servant, est l'action négatoire. Cette action s'intentera dans les formes et conditions qui lui sont propres. Nous n'avons pas à insister sur cette question.

Ces préliminaires étaient indispensables pour nous acheminer à l'étude des voies de droit et actions ouvertes à l'usager pour la protection de ses droits. Ces voies de droit forment deux groupes : les interdits quasi-possessoires et les actions

(1) Machelard, *Théorie des interdits*.

réelles : un chapitre spécial sera consacré à chacun d'eux.

Une observation avant de clore ces préliminaires. Il faut, pour que l'usager puisse recourir à l'interdit ou à l'action réelle, que l'agression implique une contradiction à la possession ou au droit lui-même : si elle procède de la pure malveillance, les voies de fait qui l'accompagnent, comblement de fossés, bris de vannes, etc., seront réprimées par l'action *ex lege Aquilia* (1). — Il n'y a pas lieu de parler de la *novi operis nunciatio*; l'usager ne peut, sous cette forme, faire défense au maître du fonds servant de poursuivre des travaux qui mettent en péril la conduite d'eau. Telle est du moins l'opinion de Pothier. Suivant l'éminent commentateur, le titulaire de toute servitude autre que les servitudes de vue et de ne point bâtir ne peut *nuntiare novum opus domino in suo ædificanti etsi quod ædificat indirecte servituti noceat* (2).

(1) Wetter, *Traité de la possession*.

(2) Pandectes de Pothier, L. 14, D. *de operis novi nunciatio* XXXVIII, I. — Obstat, L. unic. § 3, *de remissionibus*, XLIII, 25.

CHAPITRE PREMIER.

DES MOYENS POSSESSOIRES.

Le Préteur n'avait pas protégé d'une manière uniforme la quasi-possession des servitudes prédiales. Des interdits spéciaux, d'un nombre très restreint, avaient été créés en faveur de quelques-unes; mais l'édit reste muet sur le reste, et ce silence ne laisse pas d'embarrasser fort les interprètes. Quelque parti qu'on prenne dans le débat, il demeure acquis que le préteur avait jugé opportun de sauvegarder tout particulièrement l'usage des eaux : deux sur cinq interdits quasi-possessoires, l'interdit *de aqua et æstiva* et l'interdit *de rivis* se réfèrent à la conduite des eaux, et un troisième l'interdit *de fonte* au droit de puisage. Enfin les jurisconsultes romains ont analysé les termes de l'Edit avec un soin qui témoigne de l'intérêt pratique de ces sortes d'affaires.

SECTION PREMIÈRE.

DE L'INTERDIT « DE AQUA COTTIDIANA ET ÆSTIVA ».

(D. titre XX, livre XLIII).

Sous cette rubrique, les compilateurs de Justi-

nien ont groupé les règles relatives à l'interdit de ce nom.— Entre les divers jurisconsultes qui ont été mis à contribution, c'est Ulpien qui a fourni le fragment le plus considérable. Voici quelle était la formule de l'interdit, suivant qu'il s'agissait de l'*aqua cottidiana* ou de l'*aqua æstiva* : « Ait
« Prætor : Uti hoc anno aquam, quâ de agitur
« non vi, non clam, non precario ab illo duxisti
« quominus ita ducas vim fieri veto. » (L. 1).

«... Deinde ait prætor : Uti priore æstate aquam
« quâ de agitur nec vi nec clam nec precario ab
« illo duxisti quominus ita ducas vim fieri veto.
« Inter heredes, emptores et bonorum possessores
« interdicam. » (L. 1, D. de *aq. cottid. et æst.*, XLIII, 20).

§ 1^{er}. — *a.* Conditions requises pour exercer l'interdit de *aqua*. — *b.* Définition de l'*aqua cottidiana* et de l'*aqua æstiva*. — *c.* Exceptions qu'on peut opposer dans l'interdit.

a. Les formules dont nous avons ci-dessus rapporté textuellement la teneur nous font connaître les circonstances dans lesquelles l'interdit sera délivré : une personne a joui, cette année ou l'été précédent, d'une conduite d'eau ; l'usage n'est ni violent, ni clandestin, ni précaire : défense est faite de mettre obstacle à ce que cette personne n'en use comme par le passé. Ainsi lorsque la

jouissance d'un aqueduc ou d'une conduite d'eau se produit dans des conditions déterminées, il y a de fortes présomptions pour qu'elle soit l'indice d'un *jus aquæducendæ*; le Préteur veut que cette situation de fait soit respectée, provisoirement du moins, à l'instar de la possession des choses corporelles, et les injonctions du magistrat prennent la forme d'un interdit.

Il faut et il suffit avoir conduit l'eau une seule fois. La législation romaine n'exigeait point comme nous, en règle générale, une possession d'une certaine durée. Cependant, en matière d'interdits possessoires, le Préteur s'était parfois montré plus sévère: c'est ainsi que la servitude de passage devait avoir été exercée trente jours pendant la dernière année, pour servir de fondement à l'interdit *itinere actuque privato*. En fait de conduite d'eau, il suffisait que l'eau eût coulé une seule fois dans l'aqueduc. Combien de temps? un seul jour ou une seule nuit. « Quod autem scriptum est « in interdicto, uti hoc anno aquam duxisti, hoc « est: non cottidie sed hoc anno vel una die vel « nocte. » L. 1, § 4, *de aq. cottid.*

M. Molitor enseigne que l'interdit suppose une servitude de conduite d'eau ayant été exercée toute l'année ou pendant dix-huit mois.

Je crois que c'est là une opinion erronée: il faut entendre, dans le texte de l'Édit, les mots *hoc anno..... priore æstate* en ce sens que l'acte unique

de dérivation doit se placer dans l'année qui précède ou le dernier été. Il y a deux bonnes raisons pour rejeter cette interprétation.— D'abord le texte est formel *una die..... una nocte*; ensuite la différence qui existe entre la servitude de passage et la servitude d'aqueduc, la première ne se manifeste que par des actes fugitifs qui ne laissent point de trace, tandis que l'aqueduc si modeste qu'il soit s'accuse extérieurement par un fossé, une rigole. Il n'est pas étonnant que le Prêteur ait subordonné sa protection à des conditions plus dures en matière de droit de passage qu'en matière d'aqueduc.

Un acte unique est suffisant, mais il faut que cet acte ait été accompli à titre de droit, qu'il dénote d'une manière formelle l'intention de contredire les droits du propriétaire : il faut en un mot un *animus domini* nettement caractérisé, c'est la règle écrite dans la loi 25, au titre *quibus modis servit. amitt.* : « *Servitute usus non videtur nisi is* »
« *qui suo jure uti se credidit : ideoque si quis pro* »
« *via publica vel pro alterius servitute usus sit nec* »
« *interdictum nec actio utiliter competit.* » On serait tenté de traduire la phrase *qui suo jure uti se credidit* de cette manière : celui qui a pensé user de son droit, c'est-à-dire de bonne foi. D'après M. de Savigny, Paul a simplement voulu dire que l'usager devrait s'être comporté en maître. Le texte pris dans son ensemble justifie cette interprétation.

Il s'agit d'un individu qui a cru suivre un chemin public ou un sentier appartenant à son voisin ; il ne saurait se prévaloir d'une série de faits qui n'impliquent en aucune façon l'*animus possidendi*.

J'insiste à dessein sur l'interprétation la plus plausible de ce texte parce que la loi première à notre titre (*de aq. cottid.*) renferme une disposition dont le contexte a de grandes analogies avec la loi 25 et dont la portée est néanmoins plus étendue. Voici la teneur de cette disposition, (L. 1, § 10) : « Sed etsi jure aqua non debetur alicui si tamen « jure ducere se putavit : cum non in jure sed in « facto erravit : dicendum est (eoque jure utimur) « ut interdicto hoc uti possit. Sufficit enim si jure « se ducere putavit nec vi, nec clam, nec precario « duxit. » L'interdit n'appartiendra qu'à l'usager de bonne foi, à celui qui a exercé la servitude, suivent l'expression de M. de Savigny, avec la conviction que le droit lui-même existe. MM. Molitor et de Winschied s'accordent sur ce point. On sait qu'en règle générale les interdits possessoires sont donnés même au possesseur de mauvaise foi. Pourquoi le Préteurs'est-il montré plus exigeant pour la quasi-possession de l'aqueduc que pour la possession des choses corporelles. Étant donné que le fait de dériver les eaux d'une source, fût-ce pendant quelques heures, créait un titre à l'action possessoire, il était à craindre que les propriétaires ne fussent victimes d'entreprises réitérées de la part

de leurs voisins, que leur vigilance fût mise en défaut pendant un court laps de temps et que cela suffît pour consolider une usurpation.

La bonne foi doit procéder d'une erreur de fait et non d'une erreur de droit. C'est l'application d'un principe que les glossateurs rappellent en une note marginale ainsi conçue « *Ignorantia « facti, non juris prodest.* »

Pour servir de base à l'interdit, la dérivation de l'eau doit se placer dans une période de temps déterminée antérieure à la délivrance de l'interdit. S'agit-il de l'*aqua cottidiana*, l'eau doit avoir été conduite dans l'année, *hoc anno*, s'il s'agit de l'*aqua æstiva* l'eau doit avoir été conduite l'été précédent, *priore æstate*. Suivant l'une ou l'autre de ces hypothèses, c'est une période de 12, 18, et même exceptionnellement, de 24 mois qu'il faut considérer dans le passé. Tout l'intérêt pratique de la distinction est là. Qu'entend-on par *aqua cottidiana*, par *aqua æstiva*.

b. L'*aqua cottidiana*, suivant la définition d'Ulpien, n'est pas celle qui est dérivée journellement, mais celle qui peut l'être tous les jours si on le juge à propos. C'est l'usage auquel l'eau est affectée normalement qui sert de base à la distinction. Si en raison des services qu'on lui demande, l'eau doit être dérivée hiver comme été et que la configuration des lieux soit propice à cette destination, l'eau reçoit la qualification de *cottidiana* bien

que l'usage ait des solutions de continuité. Si la dérivation est, pour les mêmes motifs, limitée à la saison d'été, l'eau sera nommée *æstiva* et cela quoiqu'elle soit quelquefois conduite en hiver. Les vêtements que nous portons accidentellement en hiver, ne perdent point pour cela leur dénomination de vêtements d'été (L. 1, § 2, 3, 4, *de aq. cottid. et æst.*).

Le Préteur estimait avec raison que le laps de temps à l'expiration duquel se périmerait la quasi-possession devait varier, suivant que la conduite d'eau avait un caractère de continuité ou de périodicité. L'*aqua cottidiana* devait avoir été conduite dans l'année pour que l'usager pût se prévaloir du fait. L'eau avait-elle un caractère de périodicité (*aqua æstiva*) ? il fallait que l'usager pût établir, au moment de la délivrance de l'interdit, que dans les 18 mois précédents il avait exercé la servitude d'aqueduc. Comment faire ressortir une période de dix-huit mois des mots : *uti priore æstate....* Ulpien se charge de nous l'expliquer. L'été commence, d'après l'opinion la plus autorisée, à l'équinoxe de printemps pour finir à l'équinoxe d'automne (*incipere ab æquinocio verno et finire æquinocio autumnali*); l'hiver et l'été partagent donc l'année en deux périodes de six mois. Pour déterminer l'été précédent (*prior æstas*) il faut considérer deux étés consécutifs. L'interdit étant rendu dans le courant

de l'été, l'usage utile peut au maximum remonter à 18 mois auparavant. Il en est ainsi quand l'eau a été conduite au premier jour de l'équinoxe de printemps et que l'interdit est délivré l'été suivant, la veille de l'équinoxe d'automne. Bien plus si l'interdit se place en hiver, le délai imparti à l'usager peut s'élever à 24 mois (L. 1, § 31, 32, 33, D. *de. aq. cottid. et æst.*).

c. Tels sont les éléments de la quasi-possession *ad interdicta* du *jus aquæ ducendæ* : à l'usager revient le soin d'en démontrer l'existence. Mais la preuve une fois administrée, l'adversaire peut riposter par l'exception *vitiosæ possessionis*; il allégué que la quasi-possession est infectée des vices de précarité, violence, clandestinité. On ne tient pas compte des évènements postérieurs à l'acte originaire que l'usager peut utilement invoquer à l'appui de ses prétentions : « *idem ait eum qui hoc*
« *anno aquam duxerit nec vi nec clam nec preca-*
« *rio et eodem anno usus est : recte tamen hoc*
« *interdicto usurum quod referri ad id tempus*
« *quod sine vitio fuerit.* » (L. 1, § 20, *de aq. cottid.*).

— Empruntons un exemple au titre *de rivis* : un propriétaire dérive les eaux d'une source par une rigole à ciel ouvert, puis il la recouvre ou lui substitue une série de tuyaux ; la conduite d'eau est désormais souterraine. Est-ce à dire que son exploitation réputée clandestine puisse être impunément troublée. Les jurisconsultes discutaient si

l'interdit devait être donné parce qu'il y avait innovation dans le mode de jouissance, mais ils ne songent point à le refuser à l'usager par le motif que sa conduite d'eau serait devenue souterraine et cachée.

Celui qui excipe des vices de la possession doit en second lieu démontrer que les vices dont il s'agit existent entre les parties litigantes. Si le demandeur a agi avec violence, clandestinement vis-à-vis tout autre, ou a obtenu la concession à titre précaire de tout autre que le défendeur, l'exception *vitiosæ possessionis* ne sera pas accueillie.

§ 2. A. qui cet interdit est-il donné ?

L'interdit *de aqua cottidiana et æstiva* compète à toute personne qui de son chef ou de celui de ses auteurs à titre universel ou à titre particulier, peut se prévaloir d'une quasi-possession réunissant toutes les conditions requises. Ainsi l'héritier, le *bonorum possessor*, l'acheteur, invoqueront utilement l'usage d'une conduite d'eau utilisée par le défunt ou le vendeur ; c'est l'application d'un principe général que rappelle en termes exprès la formule de l'interdit *de aqua æstiva*. « Ait Prætor : « inter heredes et emptores et bonorum possessores « interdiciam. » Ulpien s'empresse de nous faire observer, ce qui allait de soi, que la règle est aussi vraie pour l'interdit *de aqua cottidiana* que pour

l'interdit *de aqua æstiva* (L. 1, § 37, *de aqua*).

Relevons, en passant, une espèce intéressante signalée par Ulpien. Il s'agit d'un usager qui n'a fait acte de maître sur l'aqueduc que l'année précédente, mais dans le courant de l'année l'eau par infiltration ou autrement a coulé dans la conduite. L'usager obtiendra-t-il l'interdit nonobstant son abstention. Severius Valerius pense qu'on ne doit point le lui refuser, car extérieurement, pour tout le monde, les choses se sont passées comme si l'usager avait lui-même dérivé les eaux.

§ 3. De la preuve à administrer. — Des moyens de défense offerts au défendeur. — Digression sur l'interdit *de aqua castellaria*.

On sait que l'interdit était un édit particulier rendu entre deux personnes, formant la loi de la cause qui les amenait devant le magistrat. Dès que les parties avaient exposé le litige, le Préteur intimait un ordre et cet ordre servait de base à l'organisation du *judicium* quand l'interdit ne mettait point fin au différend. Nous essaierons tout à l'heure de restituer à l'ancienne procédure possessoire sa physionomie originale ; pour le moment demandons-nous quelles preuves le demandeur avait à fournir devant le juge ou les récupérateurs pour convaincre son adversaire de contravention à l'ordre du Préteur.

Le demandeur devait établir que l'usage de la conduite d'eau réunissait les conditions exigées par l'interdit, et de plus que l'acte récent à propos duquel il avait été inquiété n'excédait pas les limites dans lesquelles il avait jusqu'à ce jour enfermé ses prétentions.

Le juge avait donc à statuer en droit et en fait : en droit, la quasi-possession offrait-elle les caractères légaux ? en fait y avait-il ou non innovation sur le précédent usage ?

Il ne suffisait pas que l'eau eût été dérivée de bonne foi, publiquement, sans équivoque ; il fallait qu'elle fût de celles qui peuvent faire l'objet d'une servitude d'aqueduc. Car le préteur ne se proposait après tout que de sauvegarder l'exercice du *jus aquæ ducendæ*, partant de cette présomption que le droit accompagne le plus souvent les faits qui en constituent la manifestation extérieure et normale. Il y a là pour le défendeur à l'action possessoire qui n'a pas réussi à faire accueillir ses exceptions, un moyen de défense au fond qu'il ne manquera pas de mettre en avant.

Quelles circonstances peuvent empêcher une source, un cours d'eau d'être l'objet de la servitude d'aqueduc ? A cet ordre d'idée se rattache un certain nombre de dispositions de notre titre.

Les eaux publiques provenant des fleuves ou réservoirs publics (*flumina publica vel castella*) sont hors du commerce et par suite non suscep-

tibles de servitude privée, de possession, de prescription. On sait que le prince accordait à prix d'argent ou gratuitement des concessions : « per-
« mittitur autem aquam ex castello vel ex rivo vel
« ex quo alio loco publico ducere. » (L. 1, § 41, *de aqua*). Comme les interdits *de aqua cottidiana et æstiva* ne concernent que ceux qui prennent l'eau à la source (*a capite*) en vertu d'une servitude qu'ils ont ou croient avoir (*qui a capite ducunt vel imposita servitute vel quia putare impositam*), il était nécessaire d'émettre un interdit spécial pour faire respecter la concession du prince⁽¹⁾. C'est l'interdit *de aqua castellaria* (L. 1, § 38-39, D. *de aq. cottid.* — Sic M. Wodon).

La loi nous apprend que cet interdit n'est pas préparatoire comme l'interdit *de aqua*, qu'il n'a pas pour base une possession temporaire, mais qu'il soulève simplement la question de savoir si la permission a été donnée ou non par le Prince. « *Meminisse autem debemus in hoc interdicto*
« *totam quæstionem finiri assignationis, non*

(1) La nécessité de créer un interdit spécial pour protéger les concessions d'eau s'explique très rationnellement par le caractère public de ces eaux. Il n'est pas impossible cependant que le Préteur ait obéi à d'autres considérations. On sait qu'un aqueduc ne pouvait être établi sur un réservoir où les eaux étaient amassées artificiellement ; or c'était le cas du château d'eau, *castellum*. — Cette interprétation un peu conjecturale pourrait prendre appui dans la phrase : *nam superiora interdicta ad eos pertinent qui a capite ducunt*.

« enim præparat hoc interdictum causam ut
« superiora interdicta nec ad possessionem tem-
« porariam pertinet : sed aut habet jus assigna-
« tum aut non habet et interdictum totum fini-
« tur. » (L. 1, § 45, D. *de aq. cott.*).

D'après M. Wodon, auquel j'emprunte l'interprétation du fragment du Digeste relatif à l'interdit *de aqua castellaria*, il faudrait voir dans cette loi l'application d'un principe général, à savoir qu'une servitude d'acqueduc ne peut être constituée sur les eaux publiques à titre de servitude de droit, et prétendre comme telle à la protection des interdicts possessoires, mais que, la jouissance des mêmes eaux étant octroyée par l'autorité légitime, s'impose au respect de tous. Je suis disposé, pour ma part, à souscrire à cette manière de voir, mais je n'irai pas jusqu'à dire, avec M. Wodon, que la loi 2, D. VIII, 4, loi très controversée, ne dit pas autre chose que la loi relative à l'interdit *de aqua castellaria* et se trouve en parfaite concordance avec elle. Pothier et Cujas sont dans le vrai quand ils entreprennent de démontrer que cette loi 2, au titre *de comm. præd.* a trait ou peut avoir trait à des fleuves privés (1). Je me réserve le soin de faire de la question l'objet d'une position spéciale.

(1) *Publico enim flumine servitus imponi non potest*, Pothier, ad. Pand. liv. 8, tit. I, n° 8, note 5.

Concluons : l'usager d'une conduite d'eau établie sur des eaux publiques agira prudemment en demandant raison du trouble dont il aurait à se plaindre, non pas sous la forme d'un interdit possessoire ordinaire, mais sous la forme d'un de ces interdicts spéciaux, ni préparatoires, ni possessoires, institués pour la sauvegarde des concessionnaires des eaux publiques.

Le caractère public des eaux n'est pas la seule circonstance qui fasse obstacle à la constitution d'un droit véritable d'aqueduc, et qui, partant, rende non recevable l'interdit *de aqua*.

Le préteur, nous apprend Ulpien, ne vise dans l'interdit que les eaux dont le cours est continu, car les eaux intermittentes ne peuvent faire l'objet d'une servitude d'aqueduc. Il ne faut pas croire toutefois que toutes les eaux dont le débit est continu soient, sans exception, du domaine de l'interdit. Car il est des eaux à jet continu qui ne peuvent être dérivées : telles sont les eaux de puits et les eaux souterraines qui veulent, pour être utilisées, des machines élévatoires (L. 1, § 5, 6, *de aq. cott.*). Enfin l'interdit concerne exclusivement l'eau qui *a capite ducitur*. Ulpien prend soin de définir l'expression : *Caput aquæ illud est unde aqua nascitur* ; s'il s'agit d'une eau de source, c'est la source elle-même ; s'il s'agit d'un fleuve ou lac, c'est la première tranchée dans la berge du fleuve ou du lac d'où l'eau reflue dans le canal de

dérivation. Si l'eau filtrant à travers les terres s'amasse dans quelque dépression de terrain et en jaillit, la source (*caput aquæ*) est l'endroit où l'onde vient sourdre (L. 1, § 7 et 8, D. *de aq. cott.*).

On voit, par ces exemples, que la théorie si contestable de la *causa perpetua* avait réfléchi sur l'interdit *de aqua*; mais la pratique réagit de bonne heure contre ce que cette conception des servitudes avait d'étroit et d'artificiel : la conséquence immédiate de ce mouvement de réaction fut d'agrandir le domaine de l'interdit.

A part les restrictions qui se rattachaient à la théorie de la *causa perpetua*, la formule de l'interdit recevait des juriconsultes une large interprétation. Il importe peu que la conduite d'eau doive pourvoir à l'irrigation des terres, à des usages domestiques ou à l'agrément des personnes, que l'aqueduc amène l'eau à des maisons, que l'eau coule à l'intérieur ou à l'extérieur de la ville (L. 1; § 11, D. *de aq. cott.* — L. 3. *eod tit.*) : l'interdit a lieu.

Le Préteur, en formulant l'interdit *de aqua* n'avait pas, suivant toute vraisemblance, songé aux eaux chaudes, et cependant, fait observer Labéon, il serait déraisonnable de leur refuser la protection de l'interdit. En effet, les eaux thermales peuvent toujours être utilisées par l'agriculture après refroidissement; en effet il y a telles

contrées comme à Hieropolis, en Asie, où les agriculteurs arrosent leurs champs avec des eaux chaudes (L. 1, § 13, D. *de aq. cott.*).

L'usager a démontré victorieusement que sa quasi-possession était en tous points conforme à l'interdit; est-ce à dire que le juge va lui donner nécessairement gain de cause? non pas. Le juge doit vérifier si les agissements actuels de l'usager ne constituent pas une modification, une innovation au mode primitif d'exercice de la servitude d'aqueduc : « Illud tamen hic intelligendum est
« e modo duci aquam jussisse quo ducta est hoc
« anno. Proinde nec amplius modi neque alia
« permisisse potest videri. » (L. 1, § 15, *de aq.*). Il convient d'insister sur ces derniers mots; le possesseur du fonds servant s'oppose légitimement à tout ce qui peut être considéré comme une aggravation (*amplius modi*) une modification (*alia*) à l'usage précédent. Il y a des cas où l'innovation est évidente : ainsi l'usager entreprend de détourner une autre source ou de faire passer son aqueduc sur une autre partie du domaine. Mais il y a telles hypothèses où le doute est permis : l'usager a reçu dans l'aqueduc une seconde source; les eaux ainsi mêlées coulent ensemble. Ofilius pense qu'on est en droit d'empêcher que la seconde source ne vienne se joindre à la première. Mais à partir du point où les deux cours d'eau deviennent communs, peut-on mettre obstacle

au passage de toute la masse. Ofilius est pour l'affirmative : il y a là un fait indivisible, on ne peut faire violence partielle à l'exercice de la servitude sans la faire au tout (L. 1, § 17, D. *de aq. cottid.*).

Autre espèce. L'usager achète un champ limitrophe du domaine irrigué; il se met en devoir de faire déboucher la conduite d'eau au sortir de son domaine, sur sa récente acquisition. Peut-on lui défendre de réaliser son dessein, sous prétexte qu'il modifie les conditions d'exercice de la servitude. D'après l'opinion commune, l'interdit sortira son plein et entier effet comme en matière de passage et de chemin : du moment qu'on a amené l'eau chez soi, on doit pouvoir l'en faire sortir, pourvu que le propriétaire de la source n'éprouve aucun préjudice (L. 1, § 16, D. *de aq. cott.*).

Le juge a mission de constater l'usage, mais non d'en vérifier la légitimité : « Et qualiter sit
« constitutum jus aquæ dicendum est hoc inter-
« dictum locum habere. » (L. 1, § 9, D. *de aq. cott.*). Il est inutile de savoir à quelle cause juridique se rattache le droit d'aqueduc puisque l'interdit procède uniquement de la quasi-possession, c'est-à-dire d'un état de fait. Faut-il conclure de ce qui précède que l'usager n'ait jamais intérêt à mettre sous les yeux du juge les titres qui l'investissent du droit d'aqueduc? assurément non. Même en

matière d'action possessoire, cet intérêt peut exister, soit qu'il s'agisse de colorer la quasi-possession, de mettre en lumière l'*animus domini* et la bonne foi, soit qu'on veuille corroborer, à l'aide de présomptions tirées de ces documents, des témoignages trop vagues pour reconstituer avec une précision suffisante le mode d'exercice d'un aqueduc délaissé pendant de longs mois. Je m'explique. On a vu ci-dessus que la protection du Préteur était subordonnée à ce qu'il ne fût rien innové au mode primitif d'exercice; j'entends parler d'une innovation préjudiciable au propriétaire du fonds servant. Or il est telles circonstances où il est malaisé de rétablir cette physionomie première de l'aqueduc qui doit servir de terme de comparaison. Prenons, par exemple, une conduite d'eau dont on use en été seulement : un cultivateur a un droit de prise d'eau pour arroser ses herbages durant la saison d'été. L'hiver arrive, l'exploitation est suspendue. La prairie est inondée par la rivière voisine, les canaux s'engorgent, les rigoles se comblent, se déforment, puis quand l'usager veut se mettre en état, on lui cherche querelle. Le propriétaire de la source lui suscite mille difficultés; pour les lever, l'usager intente l'interdit *de aqua æstiva*. Mais son adversaire soutient qu'il y a innovation, que l'ancien canal n'avait que dix doigts de profondeur alors que le nouveau en aura vingt, il dit encore

que les écluses n'étaient jadis ouvertes que tous les deux jours, alors que l'usager se propose de les ouvrir quotidiennement.

Grand serait l'embarras de l'usager, s'il n'avait, pour démontrer la conformité de l'usage actuel avec celui de la saison précédente, que des témoignages diffus et vagues! Mais il lui reste une ressource précieuse, celle de produire son acte de concession de la prise d'eau. Comme il est très raisonnable de supposer que le titulaire d'un aqueduc a usé de toutes les prérogatives que lui conférait son titre, le juge, éclairé déjà par les témoignages et l'inspection des lieux, puisera de sérieux éléments de conviction dans l'examen des titres d'acquisition; il tiendra même pour constant jusqu'à preuve du contraire, que l'usager a joui de toutes les prérogatives attachées de droit commun au droit d'aqueduc, si les circonstances de la cause n'impliquent point son intention d'y renoncer. Je ne puis expliquer autrement la présence, dans un titre relatif à des actions possessoires, d'un fragment de Scevola, où il est question de sacrifices que l'usager est en droit d'exiger du propriétaire du fonds servant (L. 8, D. Scevola, *de aq. cottid.*).

Les compilateurs de Justinien paraissent avoir obéi à cette idée juste que le juge du possessoire peut, pour résoudre les questions de possession, se servir aussi bien d'une disposition de loi que d'un titre et en tirer telles inductions que de droit.

De son côté le défendeur cherchera à détruire l'effet de ces présomptions : s'il réussit à prouver en fait que l'eau a été dérivée dans telles et telles conditions, les présomptions céderont devant la réalité des faits, car nous sommes au possessoire.

Supposons établi que l'usager a joui de la prise d'eau dans des conditions autres que celles qui sont fixées par son titre : l'interdit sera délivré puisque dans les termes de l'Edit, il suffit d'avoir dérivé, l'eau une seule fois pour pouvoir y prétendre : « *Nam cum sufficiat vel uno die hoc anno aquam duxisse : nihil refert qualem aquæductum habens duxero.* » Mais le juge ne condamnera le défendeur que si celui-ci fait obstacle d'une façon absolue à l'exercice du droit d'aqueduc. L'usager a par exemple le droit d'ouvrir la prise d'eau le 1^{er}, le 3^e, le 5^e jour ; il omet de le faire le 3^e jour. Puis il émet, dans la suite, la prétention de profiter de la prise d'eau tous les deux jours ; le maître de la source s'y oppose ; un débat s'engage au possessoire ; le défendeur (maître de la source) sera absous s'il ne contrarie que partiellement l'exercice de la servitude, autorisant la prise d'eau tous les cinq jours mais la prohibant tous les deux jours. Telle me paraît être l'explication du texte fort obscur du § 22 à notre titre. Nous croyons prudent de ne la proposer que sous toutes réserves.

§ 4. Contre qui compète l'interdit *de aqua*.

L'interdit est donné contre quiconque met obstacle à la conduite d'eau : « *Competit hoc interdictum* » « *qui prohibet adversus eum me aquam ducere.* » (L. 1, § 25, D. *de aq. cottid.*). Rappelons-nous, cependant, l'observation importante que nous avons faite dans nos préliminaires : si les faits dont l'usager est victime procèdent de la pure malveillance, si leur auteur n'a pas l'intention de contester le *jus possessionis*, il convient de mettre en mouvement non pas l'interdit *de aqua* mais l'action de la loi *Aquiliana*.

Du reste peu importe à quel titre celui auquel le trouble possessoire est imputable détient le sol ; qu'il soit propriétaire, usufruitier ou même simple possesseur : l'interdit tend à lever un obstacle apporté à l'exercice de la servitude. Quand est-ce que l'usager pourra se dire troublé dans sa possession. Labéon prend soin de nous énumérer les faits qui peuvent être considérés comme troubles possessoires : « *... per hoc interdictum prohiberi quem* » « *ne quid in illo fundo faciat, fodiat, ferat, succidat, putet, ædificet, quare ex ea re aqua, quam* » « *ille hoc anno per fundum tuum sine vitio duxit,* » « *inquinetur, vitietur, corrumpatur, deteriorve* » « *fiat.* » (L. 15, 27, D. *de aq. cottid.*).

§ 5. De l'instance.

Après l'abolition de la procédure formulaire, quand les procès s'instruisirent devant le magistrat sans renvoi devant le juge, toute différence de forme entre l'interdit et l'action disparut. Dans la législation de Justinien, l'interdit ne se distingue plus des autres actions que par son fondement matériel. Si l'action réelle est fondée sur la propriété, l'action personnelle sur les obligations, l'interdit repose sur la possession. L'interdit n'avait à dire vrai, conservé du passé que son nom. Aussi rechercherait-on vainement dans le titre XX quelque disposition qui rappelle la procédure de l'interdit *de aqua*. A supposer que les jurisconsultes se soient préoccupés de la matière, les commissaires de Justinien durent éliminer systématiquement tout développement s'y rapportant. L'intérêt historique dont ces praticiens n'avaient que faire, plaidait seul pour leur maintien. D'ailleurs tout porte à croire que l'interdit *de aqua* n'ayant pas de procédure spéciale, les Prudens se bornaient à renvoyer aux principes généraux : nous imiterions leur exemple si le caractère mixte de l'interdit ne soulevait un problème digne de piquer notre curiosité. Voici, selon toute vraisemblance, comment s'engageait le litige :

L'usager cite son adversaire devant le préteur

(*vocatio in jus*). Après un débat sommaire, le magistrat lance s'il y a lieu l'interdit. Si le défendeur, au mépris de l'interdit, persiste à mettre obstacle à la conduite d'eau, alors s'ouvre une procédure analogue à l'action en revendication, il y a délivrance d'une formule. Mais procédait-on *per sponsionem* ou *per formulam arbitriariam*? On sait que la procédure *per sponsionem* était de rigueur dans les interdicts prohibitifs, mais que les interdicts exhibitoires et restitutoires s'accommodaient de l'un et l'autre de ces procédés (Gaius IV, n° 141). La question revient donc à celle de savoir quel était le caractère de l'interdit *de aqua*; là précisément git la difficulté.

Ulpien s'exprime en ces termes : « Hoc interdictum prohibitorium et interdum restitutorium est. » (L. 1, § 1, D. *de aq. cottid.*). D'autre part la formule de l'interdit est celle des interdicts prohibitifs : elle se caractérise par une défense faite de troubler un état de choses dont le magistrat veut le maintien : « Uti hoc anno aquam
« . . vim fieri veto. » Comment concilier les deux choses : d'un côté le jurisconsulte assigne à l'interdit un double caractère, et de l'autre la formule unique qu'il nous donne de l'interdit ne reflète qu'un de ces deux caractères.

Une première explication peut être proposée. Quand l'usager est non-seulement menacé ou sim-

plement troublé dans la possession de l'aqueduc, mais absolument privé de la jouissance des eaux, alors le préteur modifiant légèrement la formule type de l'interdit lui donnera, en substituant aux mots *vim fieri veto* celui de *restituas*, le caractère restitutoire : c'est ainsi que peut prendre telle ou telle forme, suivant les circonstances, l'interdit *ne quid in loco publico vel itinere fiat*.

L'explication n'est pas satisfaisante : elle trouverait toute sa force dans un rapprochement entre l'interdit *de aqua* et l'interdit *ne quid in loco publico*. Or le rapprochement n'est pas concluant. Sous une rubrique unique le titre VIII comprend non pas un seul interdit, mais bien deux interdits qui ont leur formule propre : l'une prohibitoire et l'autre restitutoire. « Hoc interdictum ex eadem causa profiscitur ex qua superior tantum interest quod hoc restitutorium, illud prohibitorium. »

Ce n'est pas le cas de l'interdit *de aqua* dont l'Edit ne donne qu'une formule ; il faut chercher une autre explication.

Tandis que la formule d'un interdit est, en règle générale, comme le miroir où vient se refléter son image, celle de l'interdit *de aqua* est prohibitoire et cependant l'interdit offre, dans une certaine mesure, dualité de caractère. Par cette particularité, il échappe à la classification tripartite des interdits en prohibitoires, restitutoires,

exhibitoires. Il lui faut une catégorie à part et cette catégorie pourrait bien être celle qu'Ulpien désigne dans celle des interdits mixtes. « Sunt « quædam interdicta mixta quæ prohibitoria « sunt et exhibitoria. » (L. 1, § 1, D. XLIII, 1).

M. Machelard incline à croire qu'il faut lire *restitutoria* aux lieu et place d'*exhibitoria*. « Il y a des interdits, enseigne le savant professeur, qui prohibitoires en la forme, produisent parfois un effet restitutoire ; cela tient à ce que ces interdits ont pour fondements des faits passés, *in præteritum referuntur*. Or rappelons-nous que l'usager triomphera à la seule condition d'avoir joui de l'aqueduc à une époque quelconque de l'année ; il est présumé posséder actuellement et le prêteur modelant son interdit sur une présomption, peut-être démentie par les faits présents, ordonne de respecter un état de choses auquel il peut avoir été depuis longtemps porté atteinte. L'interdit *de aqua* donne à l'usager le moyen de récupérer la libre jouissance de la conduite d'eau. On voit donc que, bien que prohibitoire en la forme, il aura, le cas échéant, des effets restitutoires. — L'interdit *utrubi* peut aboutir au même résultat.

L'interdit *de aqua* est donc un *interdictum mixtum*. Quelle procédure lui sera applicable ? La question est embarrassante. Suivant toutes probabilités, l'usager agissait *per sponsionem* : il provoquait son adversaire à lui promettre une certaine

somme pour le cas où il serait jugé que l'ordre du prêteur avait été enfreint. La *sponsio* était suivie d'une *restipulatio*; l'usager était à son tour mis en demeure de promettre une certaine somme pour le cas où il serait jugé que ses prétentions n'avaient pas de fondement.

Lorsque le conflit naissait, non plus entre l'usager et le propriétaire du fonds servant, mais entre les usagers d'un même aqueduc, alors l'interdit était double : « Si inter rivaies (id est qui per eundem rivum aquam ducunt) sit contentio de aquæ usu utroque suum usum esse contendente : duplex interdictum utrique competit. » (L. 1, § 26, D. *de aq. cottid.*). Ainsi que dans l'interdit *uti possidetis*, les adversaires ont une situation identique, leurs prétentions s'excluent réciproquement; ils jouent tous deux à la fois le rôle de défendeur et de demandeur; chacun d'eux fera à son tour la *sponsio* et la *restipulatio*.

Les débats ont pris fin. L'usager a, je suppose, démontré qu'il était victime d'un trouble injuste. A quelles satisfactions peut-il prétendre? D'abord le défendeur était condamné à lui payer le montant du pari, car toute cette procédure était pénale : *cum pœna agere*, dit Gaius (IV. 141). — Un second jugement, conséquence du premier, *judicium secutorium*, ordonnait au défendeur de réparer le préjudice causé et de fournir des sûretés contre un retour offensif. « Interdictum dabitur ad id

« quod interfuit me non fuisse prohibitum. »
(Grande glose).

Les dommages-intérêts ne sont dus, en règle générale, qu'à partir du moment où l'interdit est délivré (L. 3, D. XLIII, 1). L'interdit *de aqua* offre une exception remarquable : le préjudice doit être réparé intégralement; car, dit Ulpien, la sentence doit pourvoir..... « ut præstetur tibi per
« hoc interdictum quod amisisti : hoc verum
« puto. » Si le possesseur du fonds servant a, par ses procédés vexatoires, empêché l'exercice de la servitude et a été cause de son extinction *non utendo*, l'usager devra être réintégré dans le *jus aquæ ducendæ* (L. 1, § 23, D. *de aq. cottid.*).

A cet ordre d'idées se rattache l'explication d'un texte quelque peu énigmatique de notre titre. Je veux parler du § 24 de la loi 1^{re}. « Si fundum ad
« quem aquam ducebas vendideris et tradideris :
« nihilominus interdictum tibi utile est. »

Un aqueduc existe au profit d'un fonds; le fonds est vendu et livré. Nonobstant la cession, l'interdit peut encore être utile à l'ancien propriétaire. D'après M. Labbé le texte suppose une cession consentie après la délivrance de l'interdit. A partir de cette date, les avantages qui peuvent résulter du gain du procès sont définitivement fixés sur la tête de l'usager quels que soient les événements postérieurs. Le montant de la condamnation sera versé entre ses mains, sauf à l'acquéreur

à réclamer de son auteur un dédommagement pour l'éviction partielle qu'il aurait subie. L'explication proposée par M. Labbé est la plus naturelle, la plus conforme aux principes généraux : elle me paraît devoir être adoptée.

Le défendeur ne peut être condamné que pour un fait postérieur à l'émission de l'interdit, mais du moment qu'il persiste dans son attitude vexatoire, qu'il réitère les actes de violence, il assume même la responsabilité du passé.

L'usager est en droit d'exiger que son adversaire prenne l'engagement de s'abstenir désormais de toute démonstration hostile. Un fragment de Paul, la loi 7 à notre titre, me paraît, en termes fort ambigus d'ailleurs, confirmer cette règle. Voici, après bien des hésitations, la traduction à laquelle je me suis arrêté : « Si l'usager d'une conduite d'eau triomphe au possessoire, son adversaire lui donnera caution de ne point faire obstacle à la servitude d'aqueduc pendant la durée de l'instance au pétitoire (*quamdiu quis de jure suo doceat*). Si le maître du fonds servant a contesté au possessoire les prétentions de l'usager et qu'il ait eu gain de cause l'usager, doit promettre de suspendre toute dérivation des eaux jusqu'à ce que la question ait été vidée au fond. » (L. 7. Paulus, D. *de aq. cott.*).

On me reprochera sans doute d'ajouter au texte, de faire œuvre d'imagination et non de traduc-

tion. La critique est fondée et cependant, à s'en tenir au mot à mot, il est impossible de trouver une interprétation satisfaisante de ce texte singulièrement amphibologique. Pothier explique de cette manière le fragment de Paul et pour le déchiffrer, il ne se fait pas faute de recourir aux sous-entendus.

Les satisfactions de diverses natures accordées à l'usager feront l'objet de deux jugements consécutifs : le premier, conséquence nécessaire de la *sponsio* et de la *restipulatio*, portera condamnation du défendeur au montant du pari réciproque, et comme la procédure est non-seulement pénale mais préjudicielle, il entraînera après lui un second jugement *judicium cascellianum* ou *secutorium* : *quod sequitur sponsionis victoriam*. (Voir Molitor, *Traité de la possession, de la revendication...*, p. 114). Le *judicium secutorium* est un jugement interlocutoire : le juge impartit un certain délai dans lequel le défendeur doit payer les dommages-intérêts, lever les obstacles, fournir caution de *non amplius turbando*. Faute de se conformer au *judicatum*, le juge prononce une nouvelle condamnation qui, d'après un principe général, consistait en une somme d'argent ; j'entends sous le système formulaire.

SECTION II.

DE L'INTERDIT « DE RIVIS ».

(Titre XXI).

A la suite du titre *de aqua cottidiana et æstiva* vient se placer le titre *de rivis* qui en forme le complément naturel.

L'usager est maître incontesté de l'aqueduc : on ne lui cherche querelle ni sur la quantité d'eau que débite la prise d'eau, ni sur les heures auxquelles celle-ci est ouverte ; bref, aucune question essentielle, vitale, si je puis m'exprimer ainsi, n'est en jeu. Le conflit éclate à propos des travaux d'entretien. Dans ces circonstances, le préteur émet l'interdit *de rivis*. Le débat est de moindre portée, l'obstacle à lever est partiel et cependant, comme le fait observer Ulpien, il n'en est pas moins vrai de dire que l'usage de la conduite d'eau est troublé.

« Hoc interdictum utilissimum est : nam nisi
« nisi permittatur alicui reficere, alia ratione usus
« incommodabitur. »

L'interdit *de rivis* est ainsi conçu : « Prætor
« ait : Rivos, specus, septa reficere, purgare aquæ-
« ducendæ causa quominus liceat illi : dum ne
« aliter aquam ducat quam uti priore æstate non
« vi, non clam, non precario a te duxit : vim fieri
« veto. »

La formule nous apprend que le débat devait porter sur trois points : L'usager a-t-il la quasi-possession ? — Les travaux dont on cherche à entraver l'exécution sont-ils de ceux que le prêteur vise dans l'édit ? — Ces travaux constituent-ils une innovation sur le précédent usage ?

Reprenons successivement ces trois questions sous les lettres *a*, *b*, *c*.

a. L'interdit *de rivis* a pour base la possession : il n'y a point lieu de s'occuper du point de savoir si l'usager a le droit de dériver l'eau : « De rivis
« reficiendis ita interdicetur ut non quærat an
« aquam ducere actori liceret. » (L. 4, D. *de rivis*).

En commentant le texte de l'interdit, les juriconsultes ne s'expliquent point sur la quasi-possession. A leur exemple, nous nous bornerons à renvoyer purement et simplement aux longs développements contenus dans le titre *de aqua cottidiana* et concernant les éléments et les caractères de la possession utile, les règles relatives à la preuve.

Même identité de règles en ce qui regarde les personnes à qui et contre qui compète l'interdit (L. 3, § 7, D. *de rivis*).

Il faut que les eaux soient de celles qui peuvent être l'objet de la servitude d'aqueduc. D'ailleurs, la jurisprudence, fidèle à ses maximes, s'efforçait d'élargir le domaine de l'interdit. Par exemple, les tuyaux qui alimentent des bains de vapeur

sont soustraits : l'interdit *de rivis* est donné *utiliter* pour en obtenir la restitution (L. 3, §§ 5 et 6, D. *de rivis*).

Il est un point sur lequel l'interdit *de rivis* est moins borné dans son application que l'interdit *de aqua*. On sait que celui-ci protège exclusivement la conduite des eaux privées et que les aqueducs, dérivant les eaux de réservoirs publics, sont placés sous la protection d'un interdit spécial, l'interdit *de aqua castellaria*. Au contraire, l'interdit *de rivis* sauvegarde indistinctement les canaux et conduites d'eau privée ou publique (L. 3, § 4, D. *de rivis*).

b. L'Edit ne vise que les travaux de réparation et de curage.

Reficere, suivant la définition d'Ulpien, c'est remettre en son état primitif ce qui a subi une détérioration. — Toutes les opérations par lesquelles on doit passer pour atteindre ce résultat sont considérées comme travaux de réfection.

Curer (*purgare*), c'est débarrasser le canal de la vase et des immondices qui menacent de l'obstruer.

c. «... Dum ne aliter aquam ducat quam uti priore ætate... » L'interdit sera refusé à l'usager qui, sous prétexte de travaux purement confortatifs, cherche à modifier l'aqueduc dans sa physionomie et sa manière d'être. Il peut être délicat de tracer, en pratique, une ligne de démar-

cation bien arrêtée entre les simples travaux de réfection et ceux qui constituent de véritables travaux de transformation. L'accord ne régnait pas toujours sur ce point entre les juriconsultes : l'examen de quelques espèces le démontrera.

La conduite d'eau consiste en un simple fossé ou rigole : on ne saurait contester à l'usager le droit de poser au fond du canal une série de tuyaux, d'en revêtir les parois de maçonnerie ou de béton « rivum qui ab initio terrenum fuit signum (id est lapideum) vel cœmentitium factum cere. » Telle était l'opinion de Servius et de Labéon ; Ulpien s'y rallie en constatant qu'elle n'était point partagée par Ofilius (L. 1, § 10. — L. 3, §§ 1 et 2, D. *de rivis*).

Les travaux ont-ils pour résultat d'élargir le canal, d'en élever le niveau : le propriétaire du fonds servant les contrariera impunément, mais s'ils tendent seulement à couvrir le même canal ou, au contraire, à le mettre à ciel ouvert, le propriétaire du fonds servant ne peut légitimement en entraver l'exécution, à supposer que la transformation ne lui cause aucun préjudice. Peut-il se dire lésé par la privation de la faculté de puiser l'eau dans l'aqueduc et d'y abreuver ses troupeaux ? Pomponius pense, avec raison, que ces griefs ne doivent pas être pris en considération. Si les riverains de l'aqueduc jouissent de certains avantages, ils les doivent à la tolérance, au bon

vouloir de l'usager : celui-ci demeure toujours maître de leur retirer ces avantages quand bon lui semble (L. 2, D. *de rivis*).

Quelle que soit l'issue du débat sur les interdits *de aqua* et *de rivis*, la question de droit reste entière; elle sera vidée dans l'action réelle, confessoire ou négatoire, suivant le plaideur qui prendra l'initiative. L'interdit n'est qu'une lutte préliminaire, *præparat hoc interdictum causam*.

Quand l'usager échoue, le seul parti qui lui reste est de recourir à l'action confessoire. Dans le cas contraire, il peut attendre que le propriétaire du fonds servant renouvelle son attaque sous forme d'action négatoire. Cependant l'usager a parfois intérêt à prendre les devants. Suivant une opinion fort accréditée, le demandeur n'a, dans l'action négatoire, d'autre preuve à fournir que celle de la propriété : le défendeur doit établir son droit à la servitude. A supposer cette opinion fondée, l'usager n'a rien à gagner à demeurer sur la défensive, puisque, quel que soit son rôle dans l'action pétitoire, la charge de la preuve lui incombe; mais il a tout à perdre à cette attitude expectante. Chez les populations rurales où l'usage de l'écriture était peu répandu, les conventions se prouvaient surtout par témoins. Avec le temps, les témoins se dispersent, les souvenirs s'effacent : la prudence commande d'agir au plus tôt.

CHAPITRE II.

DES ACTIONS RÉELLES.

Dans le premier chapitre il a été traité, en grand détail, des moyens possessoires qui compètent à l'usager ; il ne nous reste plus qu'à parler brièvement, le sujet manquant un peu d'originalité, des actions réelles qui lui sont ouvertes : l'action confessoire et l'action *communi dividundo utilis* (1).

SECTION PREMIÈRE.

DE L'ACTION CONFESSEOIRE.¹

L'action *in rem* qui, dans les termes du Droit commun, appartient à l'usager est l'action confes-

(1) L'action *communi dividundo* est qualifiée, dans les Institutes de Justinien, d'action *tam in rem quam in personam*. D'où tirait-elle cette dénomination ? C'est un point sur lequel les interprètes ne sont point d'accord, à plus forte raison serait-il embarrassant de décider si l'action utile peut s'accommoder de la même définition. Aussi ai-je cru pouvoir, sans faire violence à la nature de cette action, la faire rentrer dans la catégorie des actions réelles relatives à la servitude, le juge ayant pour mission de constater l'existence d'un droit réel et d'en délimiter l'exercice.

soire : peu importe, d'ailleurs, que l'*aquæductus* ait le caractère de servitude prédiale ou de servitude personnelle.

L'action confessoire sera donnée sous la forme d'action utile à l'usager dont le droit n'est fondé que sur le long usage. « Si quis diuturno usu et
« longa quasi possessione jus aquæducendæ nac-
« tus sit non est necesse docere de jure quo aqua
« constituta est, veluti ex legato vel alio modo ;
« sed utilem habet actionem ut ostendat per annos
« forte tot usum se non vi, non clam, non precario
« possedissee. » (L. 10, D. *Quemad. servit. amitt.*). La formule de l'action utile était conçue *in factum*.

Si l'usage est interrompu avant d'avoir été consolidé par la *longi temporis prescriptio*, l'usager a la ressource de l'action publicienne. Toutefois cette action, étendue en dehors de ses limites ordinaires, doit être considérée comme *utilis*. Comment la formule était-elle conçue ? nous ne le savons. On peut conjecturer qu'elle était *fictitia*, c'est-à-dire qu'elle supposait accompli le laps de temps de la *longi temporis possessio*.

L'usager alléguant un droit de servitude doit en administrer la preuve. Si l'*aquæductus* a le caractère de servitude prédiale, le demandeur est tenu de justifier en outre de son droit de propriété sur le fonds dominant. De son côté, le défendeur discute la valeur des titres invoqués par son adversaire ; il objectera notamment que la servitude est

éteinte par le non usage. « Si tibi servitutem aquæ-
« ducendæ deberi præses animadverterit nec hac
« te non utentem spatio temporis amisisse pers-
« pexerit uti te iterum jure proprio providebit.
« Nam si hoc minime probetur. » (L. 10, Code, *de
servit. et aq.*).

L'usager peut diriger l'action confessoire contre quiconque nie l'existence de la servitude ou en gêne l'exercice, que ce soit le propriétaire du fonds servant ou un simple possesseur du domaine (L. 10, D. *Si servit. vind.*). — Si le trouble émane d'un esclave, l'usager doit s'en prendre au maître, car l'esclave n'ayant point de personnalité, est sans qualité pour répondre à l'action. L'absence du maître entraîne nécessairement la procédure par défaut. La loi 18 au titre *si servitus vindicetur* prévoit une hypothèse semblable : Un esclave m'empêche de jouir d'une conduite d'eau : son maître ne se déclare point. Que faire ? Le prêteur m'enverra, moi, demandeur, en possession des biens du défaillant avec autorisation de les détenir jusqu'à ce que mon adversaire ait consenti à mon profit le *jus aquæducendæ*. D'après les glossateurs, Julien, auteur du fragment, aurait eu en vue le legs d'un droit d'aqueduc ; le légataire n'aurait qu'un droit de créance, et c'est à ce droit de créance que l'héritier *indefensus* se verrait dans l'obligation de substituer le droit réel pour recouvrer ses biens.

La situation respective des parties au moment de la *litis contestatio* est conservée pendant l'instance. L'usager qui a la quasi-possession peut continuer à dériver l'eau ; s'il a succombé au possessoire il doit s'abstenir, car il a pris l'engagement :
. . . . *donec quæstio finietur se non usurum*
(L. 7, D. *de aq. cottid.*).

Sous quelle forme l'usager qui a gagné son procès obtiendra-t-il satisfaction ? L'action confessoire étant arbitraire, le défendeur n'échappera à la condamnation qu'en fournissant les dédommagements fixés par le juge, *officio judicis*. Généralement on lui imposera l'obligation de promettre de ne plus entraver à l'avenir la jouissance de l'aqueduc.

L'usager succombe ; peut-être a-t-il fait pour construire l'aqueduc de grandes dépenses ? Les lui seront-elles remboursées ? La loi 2 au Code, *de servit. et aqua*, III, 34, prévoit le cas. L'aqueduc a été établi sans droit sur le sol d'autrui. Les constructions deviennent, par droit d'accession, la propriété du maître du sol, et les dépenses ne seront point remboursées à l'usager « frustra » *« sumptus in ea factos præstari tibi postula. »* La décision est absolument conforme aux principes, à supposer l'usager de mauvaise foi. Est-elle aussi correcte dans le cas où il serait de bonne foi. Je ne le pense pas. Car l'aqueduc qui traverse un fonds déterminé pourra être de quelque profit pour le propriétaire de ce domaine, et dans cette mesure

les dépenses me paraissent devoir être remboursées. En règle générale, le constructeur de bonne foi a droit aux dépenses utiles.

SECTION II.

DE L'ACTION « COMMUNI DIVIDUNDO UTILIS ».

L'action confessoire implique le conflit de deux droits contraires qui s'excluent réciproquement : le droit absolu du propriétaire et le droit de servitude qui tend à l'amoindrir. Mais si les prétentions de l'usager sont tenues en échec par un droit de même nature, par celui d'un ou plusieurs co-usagers, il y a lieu pour régler les conditions d'un exercice commun d'introduire l'*actio communi dividundo utilis* (*non erit iniquum utile judicium reddi*, L. 4, D. de aq. cott.).

L'action est, dans ces circonstances, donnée *utiliter* parce que l'action directe ne concerne que les choses corporelles. « Per hoc judicium corporaliū rerum sit divisio. » (L. 4, D. de communi divid., X, 3).

L'extension donnée à l'action *communi dividundo*, sous forme d'action utile, est d'autant plus remarquable que les parties litigantes, les co-usagers ne sont pas titulaires d'un droit indivis mais plutôt de droits distincts qui s'exerçant parallèlement sur le même objet se gênent et se blessent réciproquement. Ce sont ces froissements

journaliers auxquels l'action utile a pour but de mettre un terme.

Quel est l'office du juge? Il est évident que le juge ne peut matériellement diviser l'aqueduc quand la dérivation des eaux s'effectue à l'aide des mêmes conduites. La même difficulté ne se rencontre pas quand il s'agit de régler la jouissance des divers ayant-droit à un usufruit : on comprend très bien un sectionnement de la propriété grevée d'usufruit en plusieurs régions. « Sed si inter duos de usufructu controversia sit..... judex officium suum ita diriget ut vel regionibus eis frui permittat... » (L. 7, D. X, 3). Mais, dans notre hypothèse, le juge, pour concilier les droits respectifs des co-usagers n'a d'autre ressource que d'assigner à chacun d'eux la quantité d'eau à laquelle il peut prétendre ou le temps pendant lequel il lui sera loisible de tenir ouvertes les écluses de la prise d'eau... « ut præstata jura aut mensura aut temporibus dividantur. » (L. 19, D. X, 3). Les bases du règlement étant arrêtées, le juge, pour en assurer l'exécution, intimera aux parties l'ordre de s'engager les unes envers les autres à jouir de la prise d'eau conformément à l'arrangement intervenu. « Stipulatione inter se eos cavere qualiter fruantur. » (L. 13, D. VII, 1). L'action *ex stipulatu* sera donnée contre celui des contractants qui, au mépris de ses engagements, jouirait d'une façon abusive de la prise d'eau.

DE LA POSSESSION ET DE LA PRESCRIPTION

DANS LEURS RAPPORTS

AVEC LA PROPRIÉTÉ ET L'USAGE DES EAUX.

INTRODUCTION.

A l'état de simple élément, abstraction faite du sol sur lequel elle tombe ou du lit qu'elle s'y creuse, l'eau n'est susceptible ni d'appropriation ni de possession privée. Comme l'air, le feu, la lumière, elle est de ces choses communes, *res communes omnium*, qui résistent à toute occupation exclusive. Aussi les jurisconsultes les qualifient de *res nullius*, de choses hors du commerce.

Mais si l'on considère l'eau dans ses rapports avec la terre ou le lit qui la renferme, cette proposition cesse d'être exacte. En touchant au sol l'eau entre dans le domaine de l'homme, et désormais sa destinée dépend de la configuration des lieux où le sort l'a jetée. Le relief de la contrée, la déclivité des pentes, l'escarpement des berges impriment à son cours une allure tour à tour paisible ou torrentielle, régulière ou désordonnée, et déci-

dent de sa physionomie et de son importance. Maître des héritages qu'elle traverse, l'homme peut la saisir au passage et l'appliquer de mille manières à ses besoins et à son industrie. Quoique momentanée et fugitive sur l'onde qui s'écoule et se renouvelle sans cesse, sa puissance ne s'en exerce pas moins d'une façon constante et efficace sur cet ensemble toujours semblable à lui-même qui s'appelle source, ruisseau, rivière. L'eau forme en s'unissant au sol un corps indivisible et inséparable parfaitement susceptible d'appropriation privée. Un cours d'eau, dit la Cour de cassation, se compose essentiellement de ses eaux et du lit sur lequel elles coulent, qui forment par leur réunion et tant qu'elle subsiste une seule et même nature de biens (Cass., 10 juin 1843). Le législateur a fait œuvre de saine doctrine en rattachant à la maxime *superficies solo cedit*, le principe de la propriété des eaux. L'eau ne pouvant être possédée que comme accessoire du sol, il était logique que le domaine en fut attribué, sous les restrictions commandées par l'intérêt général, par droit d'accession conformément à la règle générale écrite dans l'art. 552 du Code civil. La propriété du sol emporte la propriété du dessus. D'éminents jurisconsultes enseignent que le régime moderne des eaux procède de la théorie aussi simple que rationnelle dont nous venons d'exposer les termes; mais leur manière de voir est loin d'être uni-

versellement adoptée et rencontre de puissants adversaires dans la doctrine. Le débat n'est point d'ailleurs général; il se circonscrit à la question de la propriété des eaux courantes et spécialement des rivières non navigables ni flottables. Deux grandes écoles que nous qualifierons d'un néologisme commode emprunté à M. Wodon, l'école des communistes et l'école des domanistes, soutiennent toutes deux, que l'eau, en quittant sa source, sort du domaine privé pour devenir chose hors du commerce. Seulement les communistes font des petits cours d'eau des *res nullius*, choses communes dans le sens romain du mot, tandis que, d'après les domanistes, ces mêmes cours d'eau constitueraient une dépendance du domaine public.

Le premier de ces deux systèmes qui a trouvé crédit près de la Cour suprême, est né d'une confusion entre l'eau courante *aqua profluens* et le cours d'eau qui se compose non-seulement de l'*aqua profluens*, mais encore du lit et de ses berges. Que l'eau prise isolément soit classée au nombre des choses qui échappent à la puissance plénière de l'homme, je le comprends; mais à la considérer telle qu'on la trouve dans la nature, emprisonnée dans un lit, encadrée dans des rives qui peuvent servir de point d'appui aux ouvrages de l'homme, à ses usines, on ne voit pas pourquoi elle ne pourrait être l'objet d'un droit de propriété. On objecte la

pente, la mobilité du cours d'eau, comme exclusives du droit de propriété, mais c'est précisément la condition première de sa force motrice, car la jouissance du cours d'eau aura pécuniairement d'autant plus de valeur que la force motrice sera plus considérable. A côté de l'objection tirée de la nature même de l'eau, se place un argument de droit emprunté à l'art. 644. C'est la pierre angulaire sur laquelle repose la théorie des communistes. Le ruisseau ne saurait appartenir aux riverains, disent-ils, puisque la loi ne leur en accorde que l'usage. Il est de ces choses qui, suivant l'art. 714, n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. De leur côté, les partisans de la propriété privée des petits cours d'eau se font arme également de l'art. 644. L'usage (*jus utendi et fruendi*) est un des attributs essentiels de la propriété; le réserver aux riverains, c'est reconnaître implicitement leur droit de propriété. On ajoute que le système des communistes n'est pas moins contraire au droit ancien qu'aux dispositions du droit moderne. De ce que l'eau courante *aqua profluens* est classée par les Institutes parmi les choses communes, on ne doit pas en conclure nécessairement que les cours d'eau se trouvaient mis hors du commerce. Sous l'ancien régime, les mutations de propriété foncière comprenaient invariablement les cours d'eau : la formule *cum aquarum decursibus* qui se reproduit sans cesse en fait foi.

Les domanistes partent de cette idée inexacte suivant nous que l'Etat aurait hérité des droits féodaux et de justice dévolus aux seigneurs sur les cours d'eau avant 1789. Si l'État est investi par la législation moderne de la police des eaux cela prouve, a-t-on dit, qu'il a, comme les seigneurs, la haute main sur les cours d'eau. On a répondu, non sans raison, que l'abolition de la féodalité, œuvre des lois de la Constituante, s'était faite au profit des vassaux et censitaires, c'est-à-dire de ceux qui avaient le domaine utile; que les petits cours d'eau inféodés avaient été, au même titre que toute autre propriété foncière, affranchis de la directe et des banalités et étaient demeurés libres, allodiaux, aux mains des anciens possesseurs utiles. La succession des seigneurs ne s'ouvrait pas en faveur de l'État : comment aurait-il pu gagner au changement ? Quand l'administration met en jeu son pouvoir réglementaire, elle agit non comme propriétaire, personne privée, mais comme autorité pour la sauvegarde et la conservation d'intérêts supérieurs. Sans doute l'ingérence nécessaire de l'administration, même dans des questions d'ordre secondaire, laisse le droit de propriété amoindri au point qu'on en a pu nier l'existence. Mais il ne faut pas perdre de vue que l'administration n'est pas omnipotente, et que si elle peut tenir en échec le droit des riverains, elle ne peut pas se substituer à leur

lieu et place dans la jouissance du cours d'eau.

Entre des doctrines aussi divergentes, on a cherché un moyen terme : Proudhon, Merlin, Laferrière et d'autres savants jurisconsultes ont attaché leur nom à cette tentative de conciliation. Suivant eux, il faudrait distinguer les simples ruisseaux des rivières non navigables ni flottables. Les ruisseaux appartiendraient en toute propriété aux riverains tandis que les autres cours d'eau seraient hors du commerce comme *res nullius* ou choses publiques. Pour donner un point d'appui à son système, Merlin établit un rapprochement entre les cours d'eau et les chemins, la voirie par eau et la voirie par terre. L'assimilation est ingénieuse, mais elle a le grand tort de n'être qu'ingénieuse et de n'être pas moins entachée d'arbitraire que la distinction proposée entre les ruisseaux et les autres rivières. La loi n'admet que deux espèces de cours d'eau, les cours d'eau navigables et flottables et ceux qui ne le sont point. Toute autre classification manque absolument de base légale. On doit la rejeter sans hésitation.

Bien que notre thèse se rapporte exclusivement au possessoire en fait de cours d'eau, des indications sommaires sur la question de propriété et la fameuse controverse qu'elle a engendrée, avaient leur place toute marquée dans l'introduction. Une étroite connexité unit ces matières. Si la possession est l'image, la manifestation extérieure d'un

droit réel, les hésitations de la doctrine, les divergences d'opinion sur la nature et l'étendue de ce droit doivent se répercuter fatalement sur la théorie des actions possessoires et de la prescription.

Soient, par exemple, les droits d'usage conférés aux riverains par l'art. 644 et qualifiés si improprement de servitudes légales. Considère-t-on ces droits comme de véritables servitudes réelles, grevant au profit des riverains l'eau courante, en elle-même *res nullius*, on sera amené à cette conclusion que la jouissance des riverains s'exerce privativement, d'une manière abstraite, sur ces droits à titre de quasi-possession et que, par suite, l'action possessoire aura sa cause dans la gêne apportée à l'exercice d'une servitude continue. Pense-t-on, au contraire, que les droits d'usage issus de l'art. 644, attributs essentiels du domaine privé des riverains sur les petits cours d'eau, sont des facultés légales inhérentes au droit de propriété avec lequel elles font corps et sont possédées tout ensemble, on rejettera comme inexacte l'idée de quasi-possession : l'action possessoire sera, dit-on, fondée sur la possession annale du cours d'eau. Il faut donc, même au point de vue qui nous occupe, prendre parti dans la querelle. La détermination aura son importance ; mais il ne faut pas s'abuser sur sa portée. D'abord le débat est limité aux petits cours d'eau. Ensuite, même en fait de petits cours d'eau, on verra que la jouissance, à titre de

propriétaire ou seulement à titre d'usager d'un petit cours d'eau ne diffère pas tellement que les conditions de l'action possessoire soient tout autres, suivant qu'on la rattache à l'un ou à l'autre de ces deux ordres d'idées.

Des considérations de même nature nous suggèrent le plan à adopter pour notre travail. Il convient d'énoncer brièvement, avant d'aborder la théorie du possessoire relative à chaque espèce d'eau déterminée, les règles qui régissent la propriété de cette eau ; et comme chacune d'elles a son régime propre, nous sommes induits à demander à la classification des eaux les grandes divisions de notre étude. Tout d'abord nous en ferons deux parts d'inégale importance, quant aux développements à leur consacrer : d'un côté les eaux qui dépendent du domaine public et de l'autre celles qui n'en dépendent point. Les eaux du domaine public, qui en elles-mêmes ne répugnent point à toute idée d'appropriation, sont placées hors du commerce des hommes en raison de leur usage et de leur destination. Les eaux qui ne forment point une dépendance du domaine public sont dans le commerce, susceptibles de propriété, de possession et de prescription. La première partie comprend donc les rivières navigables et flottables et les canaux publics de navigation ; la seconde, beaucoup plus large, embrassera toutes les eaux sur lesquelles s'étend le domaine privé, savoir : les

eaux de source, les eaux stagnantes, les eaux pluviales, les eaux courantes ; chacune de ces espèces d'eaux sera envisagée séparément.

Avant de pénétrer plus loin, rappelons brièvement les principes qui, de droit commun, gouvernent la possession.

Aux termes de l'art. 2228 du Code civil, la possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-même ou par un autre qui la tient ou l'exerce en notre nom.

Cette définition indique une première distinction à établir entre la détention pour le compte d'autrui, simple détention corporelle d'une chose, *possessio naturalis*, et la détention avec l'intention d'avoir pour soi, *cum animo sibi possidendi*. La seconde constitue la possession proprement dite dans le sens juridique du mot.

La même disposition nous apprend que le Code civil applique la dénomination commune de possession à la jouissance d'une chose corporelle et à celle d'un droit réel de servitude. Or nous n'avons pas oublié que le droit romain n'avait admis qu'après coup la quasi-possession des servitudes.

La possession n'est qu'un fait, mais un fait auquel la loi attache des effets juridiques. Les effets qu'elle engendre sont : 1^o les actions possessoires, 2^o la prescription.

Pour être efficace, la possession doit être sous

certain rapports exempte des vices de précarité, clandestinité et violence. Quand la possession n'est ni précaire, ni violente, ni clandestine, elle est dite *justa* ou possession légale (art. 1402) : continuée pendant un an, elle donne droit aux actions possessoires; prolongée pendant 30 ans, elle aboutit à la prescription. Le résultat est le même quand la possession ne compte que 10 ou 20 ans de durée, mais est accompagnée de juste titre et de bonne foi.

En résumé, la possession *ad interdicta* et la possession *ad usucapionem* doivent réunir des conditions qui leur sont communes et dont l'énumération se trouve dans les art. 2229 du Code civil et 23 du Code proc. Cette dernière disposition relative aux actions possessoires, ne reproduit pas intégralement dans sa teneur l'art. 2229, mais on la considérerait à tort comme conçue dans un sens limitatif.

De la précarité. — La possession doit être exercée à titre de propriétaire ou, pour m'exprimer comme les rédacteurs du Code, à titre non précaire. Le mot précaire a été détourné de son sens original. En droit romain, *precario possidere* désignait la situation de celui auquel une chose avait été remise gratuitement à la condition qu'il la restituât à la première réquisition du propriétaire. Vis-à-vis de ce dernier, la possession était vicieuse et sa résistance tombait devant l'interdit

quoad interdicto. Mais à l'encontre de tout autre que le propriétaire, le précariste disposait des interdits possessoires. Il était vrai de dire que sa possession n'était entachée que d'un vice purement relatif. Cependant chez nous on a pris l'habitude d'appeler possesseurs précaires ceux qui détiennent au nom d'autrui comme le fermier, le locataire, et le législateur a été amené, en suivant les errements de la pratique, à consacrer une fâcheuse habitude de langage et mettre sur la même ligne la précarité et les autres vices de la possession. Or c'est là une grave erreur. Dans la notion moderne du mot, la précarité équivaut à l'absence d'*animus domini*, condition essentielle de la possession juridique. Il ne faut pas dire que la possession est injuste, infectée d'un vice purement relatif dont une seule personne peut exciper, il faut dire que la possession est radicalement viciée : quiconque a intérêt à le faire peut s'en prévaloir non plus à titre d'exception, mais comme moyen de défense au fond.

Le *precarium* du droit romain a-t-il absolument disparu ? Nous pensons avec MM. Aubry et Rau que les concessions de jouissance sur des immeubles du domaine public en offrent encore aujourd'hui un exemple. La précarité est alors un vice tout relatif que l'Etat a seul qualité pour opposer aux concessionnaires. Nous aurons l'occasion, à propos des rivières navigables et flot-

tables, de mettre cette observation à profit.

En matière de servitudes, précaire a une signification analogue à celle du droit romain. On qualifie ainsi la jouissance d'une servitude qui procède de la pure tolérance d'un voisin. La concession bénévole et tacite qu'elle implique de la part de ce dernier lui communique un vice originel dont une contradiction formelle peut seule la relever. Il est toute une catégorie de servitudes dont la loi répute l'exercice essentiellement précaire, et, par suite impuissant à servir de base soit à l'action possessoire, soit à la prescription. Ce sont les servitudes discontinues.

De la publicité. — La possession doit être publique, c'est-à-dire non clandestine vis-à-vis de l'adversaire. Le vice est tout relatif, c'est-à-dire opposable par la personne à l'égard de laquelle on a usé de dissimulation. Quoique l'appréhension de la chose se soit effectuée clandestinement, la possession peut devenir utile du jour où elle se manifeste par des actes extérieurs.

De la violence. — Enfin la possession doit être paisible, c'est-à-dire exempte de violence physique ou morale. La personne qui a souffert la violence ou l'intimidation est seule autorisée à s'en plaindre. Quelques jurisconsultes tels que MM. Troplong, Wodon pensent que non seulement la possession doit être vierge de toute violence à son origine, mais qu'il faut aussi qu'elle n'ait pas été

fréquemment troublée par des tiers. Cela résulterait de la combinaison des art. 2229 et 2233 C. civ.

A la différence du droit romain la loi française requiert pour l'admission de la complainte, que la possession ait une certaine durée et que, pendant ce laps de temps, elle soit continue et non interrompue.

La possession est continue quand le possesseur s'est comporté dans la jouissance de la chose avec la même liberté, la même indépendance, le même esprit de suite qu'un véritable propriétaire. Ainsi s'agit-il de terres arables, des actes isolés de culture ne suffiraient pas pour constituer une possession utile. Il n'est pas besoin que l'action de l'homme s'exerce d'une façon continuelle, mais elle doit se produire toutes les fois que les maximes d'une bonne administration l'exigent.

La loi veut en outre que la possession n'ait pas été interrompue. Cette condition ne fait pas double emploi avec la précédente comme on serait tenté de le croire. La discontinuité dérive de l'abstention plus ou moins prolongée du possesseur tandis que l'interruption est un fait positif qui suspend le cours de la possession. On distingue l'interruption naturelle de l'interruption civile; elle est naturelle quand un tiers apporte un trouble matériel à la jouissance, elle est civile quand elle résulte de certains actes juridiques, citation,

commandement, auxquels la loi attache cet effet (art. 2244, C. civ.).

Au demandeur incombe la charge de prouver que les faits de jouissance sont assez caractérisés pour fournir les éléments d'une possession juridique. Il lui appartient d'éclairer la religion du juge, de dissiper toute incertitude. C'est à ce principe général qu'il est fait allusion dans l'article 2229 quand on parle d'une possession non équivoque (1).

Dans un sens large, les actions possessoires comprennent : la complainte, la dénonciation de nouvel œuvre et la réintégrande. Toutefois la complainte et la dénonciation de nouvel œuvre méritent seules à proprement parler cette dénomination. Toutes deux supposent chez le demandeur la saisine possessoire c'est-à-dire la possession juridique continuée pendant un an, elles diffèrent en ce que la complainte a pour objet de maintenir ou de réintégrer dans la chose le possesseur lorsqu'il a été inquiété ou expulsé, tandis que la dé-

(1) Quelques interprètes pensent que l'expression *non équivoque* contenue dans l'art. 2229 n'est pas une simple redondance, mais renferme l'indication d'un caractère spécial et distinct des autres qualités requises pour l'efficacité de la possession. On cite notamment comme hypothèse de possession équivoque la possession promiscue, c'est-à-dire la jouissance exercée concurremment par deux ou plusieurs personnes ayant des prétentions sur la chose litigieuse.

nonciation de nouvel œuvre a pour objet d'arrêter dans leur cours des travaux dont la perpétration porterait atteinte à la possession.

La réintégrande dont l'existence, comme action possessoire à part dans notre législation, a été vivement contestée, paraît avoir été reconnue par la loi du 25 mai 1838; elle tend moins à protéger la possession qu'à réprimer une dépossession violente consommée au mépris de cette maxime d'ordre public que personne ne peut se faire justice à lui-même. *Spoliatus ante omnia restitendus*. La réintégrande suppose seulement une détention actuelle de la chose : il n'est pas nécessaire que la jouissance ait une année de durée ni que la personne violentée ait possédé à titre de propriétaire.

La complainte et la réintégrande doivent être exercées dans l'année du trouble ou de la dépossession. En cas de troubles successifs la complainte est recevable, pourvu que les derniers faits de trouble ne remontent pas à plus d'une année. En matière de dénonciation de nouvel œuvre, le point de départ du délai d'un an est le commencement des travaux dont on demande la suspension.

Des rapports du possessoire et du pétitoire. — Deux règles, l'une concernant la procédure, l'autre l'office du juge du possessoire sont édictées dans l'art. 25, C. pr.

L'art. 25 fait défense d'instruire et de statuer

simultanément sur les deux actions. En conséquence, dès que l'instance possessoire est engagée, le demandeur ne peut recourir au pétitoire avant que le jugement définitif ou un désistement ne soit intervenu. De même le défendeur ne peut désertier la cause tant que l'instance au possessoire n'a pas été vidée. La disposition de l'art. 25 concerne également l'office du juge; à ce point de vue, elle signifie que les considérations tirées du fond du droit doivent être rigoureusement bannies tant des motifs que du dispositif de son jugement; mais si le juge du possessoire doit s'abstenir d'empiéter sur le domaine du juge du fond en préjugant de ses décisions, il doit retenir sous sa juridiction les faits litigieux sur lesquels la loi lui attribue compétence.

La règle prohibitive du cumul soulève, dans son application de graves difficultés, quand la solution du point de savoir si la possession a un caractère utile est liée à une décision préalable sur le fond du droit. Ainsi nul doute que le juge du possessoire ne puisse, pour apprécier la possession, consulter les titres de propriété. Si la validité du titre est contestée on décide généralement, et cette manière de voir est partagée par la Cour de cassation, que le juge peut néanmoins tenir compte du titre pour déterminer le caractère de la possession. Le titre peut être nul et cependant avoir cet effet que la posses-

sion ne peut plus être regardée comme précaire.

La question est plus délicate s'il est nécessaire d'interpréter un acte administratif pour prononcer sur le litige. En principe, lorsque le sens de cet acte est équivoque et obscur, le juge du possessoire doit surseoir à statuer jusqu'à ce que l'interprétation ait été donnée par l'autorité administrative.

Résultats de l'action possessoire. — Si le juge reconnaît le bien fondé de l'action, il ordonnera le délaissement de l'immeuble litigieux, la suppression des travaux. Il peut même allouer des dommages-intérêts pour réparation du préjudice causé par le trouble.

Lorsque le trouble résulte de travaux autorisés par l'administration, les pouvoirs du juge sont limités par les prérogatives rivales de l'autorité. Dans quelle mesure cette limitation a-t-elle lieu ? D'ingénieuses distinctions ont été proposées. Nous demandons la permission d'en réserver l'examen.

Les juges de paix ont compétence exclusive pour connaître des actions possessoires, dénonciation de nouvel œuvre, réintégrande, fondées sur des faits commis dans l'année (art. 6, Loi du 25 mai 1838). Ces magistrats auront à ce titre qualité pour statuer sur les entreprises commises dans l'année sur les cours d'eau servant à l'irrigation des propriétés et au mouvement des

usines et moulins, sans préjudice des attributions de l'autorité administrative dans les cas déterminés par les lois et règlements. Si étendue que soit en cette matière la compétence des juges de paix, elle ne saurait leur conférer le droit de s'ériger en juges des actes émanés de l'administration agissant comme pouvoir public, comme puissance publique et souveraine. L'indépendance respective des deux pouvoirs est un principe fondamental de notre organisation politique. Au reste l'administration n'est pas omnipotente. Les lois ont déterminé les circonstances dans lesquelles l'administration agit dans l'intérêt général, et c'est seulement dans ces cas spéciaux où elle se comporte comme auxiliaire de la loi, que ses actes empruntent l'autorité souveraine qui s'attache à la volonté du législateur.

Ainsi s'agit-il de régler l'usage des choses du domaine public ou de prendre des mesures concernant la police des rivières non navigables et flottables, l'administration exerce un droit qui lui est propre. L'autorité judiciaire est, en principe, incompétente pour en contrôler l'exercice. Il ne faut pas perdre de vue toutefois, qu'un particulier ne peut être privé de ses biens au nom de l'intérêt public sans une juste et préalable indemnité. Si l'administration dépouille un particulier sans observer les formes de l'expropriation pour cause d'utilité publique, l'autorité judiciaire a

qualité pour constater les droits de propriété ou de possession auxquels il est porté atteinte. Ses jugements formeront un titre à l'indemnité.

La possession juridique continuée pendant le laps de temps voulu, et revêtue des caractères déterminés, conduit à l'usucapion ou prescription acquisitive. La présomption de propriété qui s'attache déjà à la possession annale est définitivement consolidée.

Dans l'acception la plus étendue de ce mot, la prescription comprend l'usucapion et la prescription proprement dite ou prescription extinctive.

La prescription proprement dite est une exception opposable à celui qui s'est abstenu pendant un certain laps de temps, d'exercer un droit.

L'usucapion ne peut avoir pour objet que des immeubles corporels et certains droits réels immobiliers.

La prescription s'applique à toute espèce de droits et actions.

Nous aurons dans le cours de cette thèse à invoquer principalement les règles concernant l'usucapion des servitudes. En voici la raison : l'usage des eaux est, en règle générale, attribué par droit d'accession au maître du sol : il paraît difficile que celui-ci puisse l'en détacher et le concéder à titre de droit de propriété distinct. Tout ce qu'il peut faire, c'est s'interdire l'usage des eaux, autrement

dit constituer une servitude. L'usucapion aura les mêmes effets. D'autre part, en se plaçant au point de vue de la prescription extinctive, il convient de faire remarquer que les droits d'usage sur les eaux, si improprement qualifiés de servitudes légales, forment des attributs naturels de la propriété et ne sauraient s'éteindre par le non-usage.

Les actes de pure faculté ne peuvent fonder de prescription (art. 2232, C. civ.).

Sous le bénéfice de ces observations rappelons que le Code civil ne reconnaît en matière de servitudes que la prescription acquisitive de 30 ans.

L'art. 690 se tait sur l'usucapion de 10 et 20 ans. Même avec juste titre et bonne foi, la quasi-possession continuée pendant ce laps de temps sera sans effet.

Les servitudes continues et apparentes sont seules susceptibles d'être acquises par prescription. Sont exclues du bénéfice de la prescription les servitudes non apparentes en raison de leur caractère clandestin et les servitudes apparentes mais discontinues dont la loi répute l'exercice essentiellement précaire. Ni le titre consenti *a non domino* ni la contradiction opposée au propriétaire du fonds servant n'ont le pouvoir d'infirmer cette présomption légale. On admet toutefois que les servitudes discontinues et apparentes peuvent former l'objet d'une action possessoire quand le

possesseur produit un titre émané du maître du fonds servant.

Encore qu'elle réunisse les conditions intrinsèques ci-dessus énumérées, la possession est inefficace si elle s'applique à des choses hors du commerce. Il convient donc de mettre à part l'étude des eaux dépendant du domaine public et de rechercher dans quelle mesure leur destination fait obstacle aux actions possessoires et à la prescription.

PREMIÈRE PARTIE

DES EAUX QUI DÉPENDENT DU DOMAINE PUBLIC

Les eaux qui dépendent du domaine public sont hors du commerce : par nature elles ne répugent pas à toute appropriation privée, mais leur affectation à l'usage de tous, requérant une sauvegarde plus sûre que la seule vigilance des agents, la loi a jugé utile pour les mettre hors d'atteinte, de les retirer du commerce. Donc en règle générale, tant que subsistera la destination publique des eaux et, dans la mesure de ce qui est nécessaire pour la protéger, les agissements des particuliers seront frappés d'impuissance ; leur possession est, suivant l'expression de M. Aubry et Rau, dépourvue d'efficacité juridique. Quelle qu'en soit la durée, on ne peut l'opposer à l'État au possessoire ou au pétitoire, sous forme d'action possessoire ou de prescription.

Quelles sont les eaux qui dépendent du domaine public ? les rivières navigables et flottables et les canaux de navigation (art. 538, C. civ.). L'ordonnance

de 1669 ne plaçait dans le domaine de la couronne que les rivières portant bateaux de leur fond sans artifices et ouvrages de main. Le Code civil n'a pas reproduit la distinction. On en a conclu que les rivières où la navigation est établie à l'aide d'écluses et ouvrages d'art font partie du domaine public. Enfin l'art. 538 met un terme à une controverse de l'ancien droit. On disputait sur le point de savoir si les rivières flottables, c'est-à-dire propres au flottage des bois, devaient suivre la condition des rivières navigables. L'art. 538 les comprend dans sa nomenclature. D'ailleurs le flottage à bûches perdues n'imprime pas un caractère public au cours d'eau sur lequel il se pratique. La jurisprudence s'est fixée en ce sens. (Cass. 22 août 1823).

CHAPITRE PREMIER.

DES RIVIÈRES NAVIGABLES ET FLOTTABLES.

Le Code rural de 1791, tout en proclamant le principe que nul ne peut se prétendre propriétaire des eaux d'une rivière navigable et flottable, ajoutait néanmoins que tout riverain peut y faire des prises d'eau pourvu qu'il n'en détourne ni embarrasse le cours d'une façon nuisible au bien général (loi des 28 septembre-6 octobre 1791). Mais l'arrêté du Directoire exécutif du 19 ventôse an VI et après lui, avec plus d'autorité, le Code civil restitue à l'État la plénitude de son droit de propriété. Personne ne peut ni s'approprier ni affaiblir par des saignées ou dérivations, ni entraver par des constructions ou barrages, un cours d'eau navigable ou flottable. Mais, comme l'intérêt personnel n'est pas là pour stimuler la vigilance des agents de l'État, des usurpations se produiront; cet état de choses irrégulier pourra même se prolonger jusqu'au jour où l'administration prendra des mesures pour y mettre terme. Les autres riverains molestés par ces entreprises illicites pourront de leur côté prendre les devants : en un mot le conflit éclatera soit entre le possesseur et l'administration, soit entre le possesseur et ses

co-riverains. Nous examinerons^u tour à tour ces deux hypothèses.

§ 1^{er}.

L'action possessoire n'est pas recevable à l'encontre de l'État de la part des particuliers même concessionnaires. — *Quid* de la réintégrande ?

Le principe est certain. La possession des riverains est essentiellement précaire, qu'elle ait lieu ou non en vertu d'une concession. L'administration ne peut, en effet, conférer un droit réel, définitif sur les eaux du domaine public; les concessions qu'elle octroie sont toujours révocables et leur retrait ne donne droit à aucune indemnité. En conséquence, si le particulier usurpateur ou concessionnaire, inquiété par les agents de l'administration porte sa querelle devant le juge de paix, l'État par l'organe de ses représentants, préfet ou autres, opposera victorieusement l'exception de domanialité.

Devant cette fin de non-recevoir, la plainte tombera nécessairement, en premier lieu parce que la possession du demandeur n'est pas utile, et en second lieu, parce que les mesures prises par l'administration pour assurer l'intégrité du domaine sont pour elles l'accomplissement d'un devoir supérieur et ne sauraient être considérées comme trouble possessoire. « C'est une maxime

de notre ancien droit public, dit Daviel, qu'on ne peut former la complainte contre le roi et ses officiers agissant par voie de justice et d'autorité. » « On ne présume pas, dit Loysel, que le roi dont c'est la charge devant Dieu de maintenir et garder ses sujets dans leur droit ait pu troubler injustement la possession d'un héritage (1).

Le complaignant, avons-nous dit, succombera pour deux motifs : sa possession est précaire, les faits dont il se plaint n'ont pas le caractère de trouble. Mais si la dépossession se complique de voie de faits, si les agents du domaine ont de vive force exécuté les ordres du préfet contre les riverains, l'action possessoire pourra se produire sous forme de réintégrande. Cette action, ne l'oublions pas, ayant pour base une simple détention dépourvue d'*animus domini* paraît devoir être admise contre l'État pour privation de jouissance exercée sur les immeubles du domaine public. Quand il s'agit de la conservation et de la police des rivières navigables et flottables, c'est l'administration départementale qui en a été chargée par les lois de la Constituante (janvier 1790). Le préfet, chef de cette administration, a qualité pour édicter, par voie de dispositions générales et réglementaires, les mesures propres à assurer le libre cours des

(1) Daviel, I, n° 472. — Loysel, *Instit. cout.*, livre 5, tit. 4, n° 20.

fleuves et le maintien des droits de l'Etat. Mais, si ses arrêtés sont méconnus, peut-il de son chef mettre en mouvement la force publique. En règle générale, il faut répondre non. La loi a craint, avec raison, que ce fonctionnaire n'apportât pas assez de modération et d'impartialité dans la répression des faits délictueux : elle a placé auprès de lui un tribunal qui fait aussi partie de l'administration départementale, le conseil de préfecture. C'est devant le conseil de préfecture que les contrevenants seront poursuivis à la requête et diligence du préfet ; des condamnations à l'amende et au rétablissement des lieux seront prononcées. Armé de l'arrêté du conseil de préfecture qui est exécutoire et emporte hypothèque (29 floréal an X), le préfet viendra à bout de toutes les résistances. Mais si cet administrateur veut se passer de l'intervention du conseil et qu'il enjoigne à ses subordonnés de détruire les établissements indûment construits sur les rivières navigables, il agit en dehors des pouvoirs généraux qui lui sont délégués par la loi ; l'acte est illégal et arbitraire et répressible par voie de réintégrande. Car il y a trouble possessoire et le riverain quoique simple possesseur précaire est fondé à se plaindre de la violence. *Spoliatus ante omnia restituendus*. Voilà le principe, c'est ce qu'enseignent MM. Aubry et Rau (tome II, n° 189). Il a été jugé en ce sens par le Conseil d'État statuant en matière de grande

voirie. (Décret du conseil d'État du 14 décembre 1862) (1). La compétence judiciaire, et spécialement celle du juge de paix, a été proclamée.

On s'exposerait, en généralisant cette décision, à méconnaître gravement le principe de la séparation des pouvoirs. Que deviendrait l'indépendance des corps administratifs dont la loi du 24 août 1790 défend sous peine de forfaiture de troubler les opérations, si l'action de l'autorité préfectorale sur des objets qui sont commis à sa garde et surveillance était invariablement paralysée par un recours aux tribunaux. Je trouve une trace de ces préoccupations dans le rapport du maître des requêtes Chamblain. « Certes, dit-il, nous ne sommes pas sympathiques aux voies de fait, mais il est des circonstances où le préalable s'il s'agissait de rétablir immédiatement la circulation sur la voie publique, nous ne voudrions pas pour ces cas compromettre l'intérêt public et désarmer l'autorité chargée de le sauvegarder. »

Ces réflexions sont justes et nous acheminent vers la solution. Il est indéniable que les actes de l'autorité administrative posés par l'administration à titre de pouvoir administratif participent à l'immunité des actes de la puissance souveraine, puisqu'ils sont accomplis en vertu d'une délégation spéciale de la loi. L'autorité judiciaire doit les

(1) Cons. d'État, 14 déc. 1862. Sir. 63. 2. 21.

respecter : et fussent-ils exécutés de vive force, la réintégrande n'est pas recevable à leur encontre, car après tout, force doit rester à la loi. La question se ramène donc à savoir quand est-ce que l'administration agit en vertu de son droit de puissance publique. Il en est ainsi lorsque l'administration règle les usages du domaine public (art. 537 et 744, C. civ.), ou prend des mesures de police préventive en vertu des pouvoirs qui lui sont dévolus par la loi. Telle est la loi du 29 floréal an X relative aux contraventions de grande voirie et rapportée ci-dessus ; elle porte, dans son art. 3, que les procès-verbaux sur les contraventions seront adressés au sous-préfet qui ordonnera, par provision, et sauf le recours au préfet, ce que de droit pour faire cesser les dommages.

Il ressort très-clairement de cette disposition que le préfet peut ordonner et faire supprimer de son chef les travaux ou plantations lorsque l'intérêt général réclame d'urgence des mesures préventives. Quand les diligences du préfet sont motivées par ces considérations d'ordre supérieur, elles rentrent bien dans la catégorie des actes administratifs posés par l'administration en vertu des pouvoirs qui lui sont spécialement conférés par la loi et que l'autorité judiciaire ne peut, sous quelque prétexte que ce soit, entraver. La réintégrande sera donc, en ces conjonctures, déstituée de tout effet.

Les auteurs sont généralement d'accord sur ce point. En cas d'urgence, dit Cotelle, l'action purement administrative agit de manière à faire cesser tous les obstacles d'office et par de simples mesures de police (Cotelle, IV, 1039). Le droit des préfets, dit Daviel, est reconnu par la loi s'il s'agit... en cas d'urgence et sous réserves des questions de propriété, de prescrire la destruction et l'enlèvement des bancs de sable, barrages, plantations, lavoirs ou travaux quelconques exécutés par les particuliers, qui pourraient gêner la navigation ou occasionner des inondations (1).

§ 2. *De l'exception de domanialité.*

L'administration a qualité pour reconnaître ou déclarer la navigabilité d'un cours d'eau. — Peut-elle user arbitrairement de cette prérogative? — Dans quelle mesure appartient-il à l'autorité judiciaire d'apprécier la déclaration de navigabilité? — Quels faits peuvent retirer à une rivière navigable son caractère public?

Si la réintégration a parfois le pouvoir de tenir en échec l'autorité administrative, la plainte sera toujours privée de cet effet. Aussi le premier soin du préfet, défendeur à l'action possessoire, sera-t-il d'opposer l'exception de domanialité. Mais

(1) Arrêt du 5 frimaire an X. — Décrets des 28 mars et 18 août 1807 et 5 janvier 1813.

il se peut que le bien fondé de l'exception soit contesté. Mis en demeure d'établir la domanialité du fleuve, le préfet produira le plus souvent une ordonnance ou un décret classant le cours d'eau au nombre des rivières navigables ou flottables ; à défaut d'une décision du pouvoir exécutif, il doit être admis à établir par tous moyens que la rivière est navigable. Telle est l'opinion de M. Garnier : « Pour qu'une rivière soit considérée comme navigable il n'est pas absolument nécessaire que l'autorité compétente l'ait déclarée telle. La navigabilité est un fait. L'administration peut avoir pris diverses mesures qui la supposent sans en avoir fait l'objet d'une déclaration spéciale (1). » Dalloz rapporte ces considérations et les approuve avec raison (2). L'administration se borne à donner à un fait préexistant la notoriété qui s'attache à ses décisions. Quand la nature du litige n'autorise pas le particulier à se retrancher derrière son ignorance, comme en matière de poursuite pour délit de pêche, l'absence de déclaration ne peut être opposée. Or au possessoire il s'agit uniquement de savoir si oui ou non le fleuve dépend du domaine public : la bonne foi n'a rien à faire dans le débat.

Le préfet a produit, je le suppose, une ordon-

(1) Garnier, tome II, p. 96.

(2) Dalloz, *v^o eaux*, n^o 51.

nance portant déclaration de navigabilité, mais le demandeur offre de prouver que la rivière déclarée navigable ne l'était point antérieurement, afin de faire constater sa possession et de puiser dans cette présomption de propriété les éléments d'une demande ultérieure en indemnité pour la privation des avantages inhérents à sa qualité de riverain. Réduite à ces termes la prétention du demandeur est très raisonnable ; je dois avouer toutefois que le juge du possessoire sera très rarement saisi de la question ; ses pouvoirs sont, d'ailleurs, des plus limités.

D'abord le juge de paix n'a point qualité pour arbitrer le montant de l'indemnité due au riverain. L'autorité compétente est suivant les uns le conseil de préfecture en vertu de la loi du 16 septembre 1807, suivant les autres le jury d'expropriation aux termes de la loi du 3 mai 1841. Pour les uns l'incorporation au domaine public d'un cours d'eau entraîne simplement des dommages permanents, pour les autres une véritable expropriation.

Le juge de paix est donc uniquement appelé à reconnaître la possession annale du riverain et à mesurer la portée de la déclaration de navigabilité, l'efficacité de la possession dépendant du point de savoir si la rivière était antérieurement navigable.

En règle générale, le juge n'a pas compétence

pour interpréter la décision réglementaire : il doit renvoyer les parties à se pourvoir devant l'autorité administrative pour obtenir cette interprétation.

A vrai dire, les tribunaux sont rebelles à cette solution ; ils entendent retenir pour leur juridiction la question préjudicielle de savoir si la rivière était antérieurement navigable, mais le conseil d'Etat et le tribunal des conflits ne paraissent pas disposés à souscrire aux prétentions de l'autorité judiciaire. Une ordonnance rendue en conseil d'Etat sur conflit, le 23 juin 1841, a donné gain de cause à l'administration. Une portion de la Vire ayant été déclarée navigable par ordonnance du 10 juillet 1835, des riverains réclamèrent une indemnité à l'Etat sous prétexte que la rivière n'étant pas anciennement navigable, ils avaient subi une véritable expropriation. La Cour de Caen ayant admis la compétence de l'autorité judiciaire pour statuer sur la question de navigabilité, le conflit fut élevé par le préfet de la Manche et l'arrêté de conflit maintenu par le conseil d'Etat, le 23 juin 1841 (1).

A mon sens, la décision du conseil d'Etat est correcte. Du moment que l'administration est seule juge du point de savoir si le cours d'eau répond actuellement aux exigences de la naviga-

(1) Cons. d'Ét., 28 juin 1841 (Lebon, 41, 264).

tion, pourquoi ne pas s'en rapporter à elle pour fixer l'époque à laquelle remonte cet état de choses. La transformation ne s'est pas brusquement accomplie : elle est l'œuvre du temps. Le gouvernement ne s'est prononcé qu'après enquête et sur le rapport d'hommes compétents, ses ingénieurs. Les experts, auxquels l'autorité judiciaire laisserait le soin de l'édifier sur la valeur respective des dires des parties, offriraient-ils plus de garanties de savoir et d'impartialité. On veut scinder les effets de la déclaration de navigabilité, mais la distinction ne prend appui sur aucun texte de loi (1).

Devant la déclaration de navigabilité, le juge du possessoire doit, en principe, se dessaisir. Toutefois, s'il ressort nécessairement des circonstances de la cause que l'incorporation au domaine public ne peut affecter que l'avenir, un sursis serait rien moins que légitime. Par exemple, l'administration se propose de fermer une prise d'eau, et l'usager produit un titre de concession antérieur à l'Edit de 1566, ou encore la prise d'eau menacée s'exerce sur un petit cours d'eau que des travaux de canalisation ont rendu navigable. Or la loi du 6 mai 1841 (7 juillet 1833) comprend les

(1) Le Conseil d'État a persisté dans sa doctrine et l'a affirmée une fois de plus le 17 août 1864 (Lebon, 64, 793). Voir en ce sens, Plocque, t. I, n° 11.

travaux de canalisation au nombre des travaux publics qui nécessitent une expropriation pour cause d'utilité publique.

La jouissance de la prise d'eau est, dans les deux hypothèses précédentes, non précaire ; et, si l'administration entreprend de la troubler avant que les formalités de l'expropriation soient accomplies, l'action possessoire est recevable, mais le juge de paix doit se borner à constater la possession du riverain ; les mesures prises par l'administration sont définitives et le juge n'a pas qualité pour ordonner la réintégration du complainant : sa sentence ne saurait aboutir qu'à l'allocation d'une indemnité (1).

Voilà le principe ; il a été jugé néanmoins dans une espèce particulière que le juge de paix pouvait prescrire la maintenue du demandeur dans la jouissance d'une prise d'eau.

Le riverain d'un cours d'eau canalisé exerçait en vertu de titres antérieurs à 1566 une prise d'eau. Le concessionnaire du canal ferma à clef l'écluse qui servait à introduire l'eau dans l'aqueduc. De là plainte. Le juge de paix reconnut le trouble possessoire et enjoignit au concessionnaire de restituer la clef. — L'affaire fut portée devant la Cour suprême : il fut jugé que les titres

(1) Curasson, *Compétence*, II, p. 160. — Appleton, *Posses.*, n° 453 et suivants.

en vertu desquels la prise d'eau était exercée avaient conservé leur effet, nonobstant la déclaration de navigabilité, le respect de ces anciennes concessions n'ayant rien d'inconciliable avec la nouvelle destination de la rivière, et que, par suite, la maintenue possessoire pouvait être ordonnée même contre un ayant-cause de l'Etat (1).

En résumé et sauf l'hypothèse spéciale que nous venons de signaler, l'action possessoire dirigée contre l'administration qui, arbitrairement et sans indemnité, englobe un petit cours d'eau dans le domaine public, est admissible à l'effet de créer un titre à l'indemnité, mais ne donnera jamais lieu à réintégration. Cette doctrine enseignée par MM. Dalloz, Curasson, Garnier, n'est pas goûtée par M. Wodon. L'auteur du *Traité de la Possession* s'élève avec beaucoup de force contre « ...cette tendance des auteurs modernes qui consiste soit à conclure à l'incompétence radicale des tribunaux, soit à une transaction impossible en morcelant les effets de l'action possessoire; » d'après lui, si l'administration a excédé ses pouvoirs, l'action possessoire doit conserver tous ses effets (2).

Quelque dédain que professe le savant juriste

(1) Curasson, *Compétence*, II, p. 160. — Appleton, *Possess.*, nos 453 et suivants.

(2) Wodon, tome II, n° 396.

pour les voies transactionnelles, il est parfois sage d'y recourir quand le choc de l'intérêt privé et de l'intérêt général engendre, en matière de droit public, un antagonisme entre l'administration et l'autorité judiciaire que de s'engager pour l'honneur des principes dans une voie sans issue. La jurisprudence a obéi à des considérations de cette nature en refusant à la plainte des effets restitutoires ; nous ne saurions la blâmer d'avoir voulu éviter un conflit.— M. Wodon dit bien qu'aucun conflit n'est à craindre : « En séparant les pouvoirs judiciaire et administratif, la Constitution, dans sa sagesse, a permis que le pouvoir judiciaire puisse frapper d'inertie les faits que l'administration aurait posés en dehors de ses attributions légales. »

Il est vrai de dire que l'autorité judiciaire peut tenir en échec l'incorporation illicite d'un immeuble au domaine public, en se refusant à condamner le propriétaire qui résisterait aux agissements de l'administration. Mais en matière de grande voirie, de rivières navigables, l'administration n'a pas besoin de s'adresser à l'autorité judiciaire, elle a, pour vaincre les résistances, les conseils de préfecture. Les tribunaux n'auront donc que l'alternative d'assurer au riverain une compensation pour le préjudice causé ou de lui donner une satisfaction directe en le réintégrant. Prendre le dernier parti était mettre aux prises

les officiers de justice et les agents de l'administration. On a reculé avec raison devant cette extrémité.

Quand les biens du domaine public cessent d'être affectés à l'usage de tous, soit que l'État ait jugé opportun de leur retirer leur destination, soit qu'un évènement de nature ait amené le même résultat, les faits de possession recouvrent leur efficacité. Il importe dès lors d'établir à quel moment précis la transformation s'est produite. Entre les auteurs les uns s'attachent à la date de la décision administrative, les autres se contentent du non-usage prolongé. La question n'a d'intérêt pratique que pour la voirie par terre : car la désaffectation des rivières navigables ne résultera guère d'un arrêté de classement. Il ne sera pas moins rare de voir un phénomène d'ordre naturel jeter une telle perturbation dans le régime des eaux qu'une rivière cesse nécessairement de faire partie du domaine public. Signalons toutefois l'éventualité prévue par l'art. 563 du Code civil ; une rivière abandonne son lit pour en occuper un nouveau. On sait que la loi attribue à titre d'indemnité le lit délaissé aux propriétaires envahis par les eaux. Si les riverains plus diligents mettent les dits terrains en culture, ils acquièrent au bout d'un an la saisine possessoire, et leur situation se trouve définitivement consolidée si l'inertie des ayant-droit s'est prolongée pendant

30 ans. Question délicate : si le riverain détient depuis moins d'un an le lit abandonné, les propriétaires des fonds nouvellement occupés intenteront-ils avec succès la complainte ? Il faut répondre non. Car ceux-ci n'ont de possession ni de leur chef puisqu'ils n'ont point appréhendé l'immeuble, ni de celui de l'État puisqu'ils ne peuvent se dire ses successeurs, l'attribution du lit abandonné procédant de la volonté de la loi. Le seul moyen pour eux de mettre un terme à l'usurpation est d'agir par voie de revendication.

§ 3.

L'État est recevable à former l'action possessoire ; en pratique, l'administration aura rarement recours à cette voie pour réprimer les usurpations des riverains.

Les biens du domaine public ne peuvent faire l'objet d'actions possessoires de la part des particuliers, mais l'État peut, de son côté, intenter ces mêmes actions contre les particuliers. En décider autrement, serait retourner contre l'État une règle qui a été édictée à son profit et dans son intérêt : car les biens du domaine public sont hors du commerce pour lui et non contre lui, comme le fait observer M. Wodon (1).

(1) Voy. Wodon, *Traité de la possession*, II, nos 373-374 et les auteurs cités en note.

On a fait à ce système une objection : les choses du domaine public n'appartiennent à personne ; par leur nature elles répugnent à toute idée de possession privée. L'action de l'État sur ces biens s'analyse en un pouvoir de haute protection et tutelle, pour assurer les services publics auxquels les a affectés la loi. Domaine public est une qualification impropre, car la nation n'est pas propriétaire. Il s'ensuit que l'administration ne peut se comporter, au nom de l'être moral, comme gérant un domaine qui n'est pas le sien et exercer à ce titre les actions possessoires.

L'argumentation qui précède est de Proudhon : elle me paraît difficilement s'accommoder avec les textes de loi qui composent le chapitre III du titre de la *Distinction des biens*. Une opposition très-nette a été établie par les rédacteurs du Code entre les biens qui appartiennent aux particuliers et ceux qui appartiennent aux personnes morales telles que l'État. De l'économie du chapitre III ressort avec évidence ce principe que la nation est bien propriétaire et possesseur des choses du domaine public, encore que leur destination réduise à peu de choses les avantages pécuniaires qu'elle en peut tirer.

La Cour de cassation a été appelée à s'expliquer sur ce point le 9 janvier 1872. « ...Attendu, disent les considérants de l'arrêt, que si l'action possessoire ne peut être exercée, à propos d'un terrain

dépendant du domaine public, par un simple particulier qui se dirait troublé par l'État ou la commune, l'action est, au contraire, ouverte en faveur de l'État ou de la commune pour réprimer rapidement les usurpations commises sur le domaine public (1). »

L'arrêt du 9 janvier 1872 a été rendu dans une question de voirie municipale. Rarement les rivières navigables et flottables, comme toutes autres dépendances de la grande voirie, ainsi que le fait observer très-justement Belime, donneront lieu à une instance possessoire (2). L'autorité préfectorale dispose d'un moyen plus prompt et plus énergique que le recours au juge de paix. Les contrevenants seront déférés au conseil de préfecture en vertu de la loi du 29 floréal an X.

Ainsi, dans la pratique, les entreprises délictueuses des particuliers sur les rivières navigables ne forment pas l'objet de plainte à la diligence de l'administration. Est-il impossible de trouver, en théorie, telle circonstance où la nécessité d'agir sous cette forme s'imposerait à l'administration ? Supposons que l'usurpation remonte à plus d'un an : l'action pénale est prescrite et ne peut plus être portée devant le conseil de préfecture (3).

(1) Cass., 19 janvier 1872 (Dall. 72, 1, 41).

(2) Belime, *Poss.*, 230.

(3) D'après M. Daviel, on ne peut étendre par analogie la prescription des contraventions de police aux contra-

L'administration n'est point désarmée. D'office, par simple mesure administrative, le préfet fera détruire les travaux qui nuisent à la navigation. (Arrêté du 19 ventôse an VI). S'il n'y a qu'un simple intérêt domanial en jeu (établissement d'un bac) le préfet devrait alors exercer l'action possessoire. Le défendeur alléguerait en vain que l'usurpation remonte à plus d'une année et que l'action de l'État est prescrite : on lui répondrait avec raison que le trouble possessoire se renouvelle chaque jour par son fait et que sa possession étant radicalement entachée de précarité n'a pu, quoique plus qu'annale, se substituer à celle de l'État.

Les biens du domaine public étant inaliénables, le Gouvernement ne peut grever les rivières navigables de charges réelles qui lui seraient opposables plus tard. En vertu de ces principes, toute concession de moulins, écluses, prise d'eau faite à des particuliers, est essentiellement révocable et subordonnée aux exigences de la navigation (art. 4, Décret du 22 février 1813).

Quand l'administration juge à propos de retirer l'autorisation, le riverain n'est pas fondé à former complainte. Le titre qui légalise l'existence de son

ventions de grande voirie. Le Conseil de préfecture pourrait toujours faire détruire les ouvrages si anciens qu'ils fussent (Daviel, I, 453 et les arrêts du Conseil cités par cet auteur).

établissement est l'aveu de sa précarité. Le juge possessoire devra purement et simplement débouter le concessionnaire des fins de sa demande. Celui-ci peut tout au plus réclamer à l'autorité administrative une indemnité, si l'équité a été blessée par le retrait sans compensation de la concession : par exemple, quand l'octroi de la concession a été fait à titre onéreux ou moyennant certains travaux dans l'intérêt public. Le Conseil de préfecture examinera ces réclamations.

§ 4. *Conflit entre les riverains.*

a. Les concessionnaires peuvent former l'action possessoire contre les particuliers. Controverse. Doctrine de M. Wodon. — *b.* L'action possessoire est-elle recevable pour trouble causé à des travaux non autorisés?

a. Dans les rapports de l'État avec les particuliers à propos des rivières publiques, le rôle de la possession est, pour ainsi dire nul : mais si l'usage des mêmes eaux ne met aux prises que des particuliers, la possession recouvre partiellement du moins son efficacité.

L'action possessoire est ouverte à quiconque jouit en vertu d'une concession expresse ou tacite. Les lois de compétence n'ont rien qui contredise cette assertion. Sans doute, les conseils de préfecture ont, de par la loi du 29 floréal an X, com-

pétence exclusive en matière de grande voirie ; mais leur juridiction instituée en vue de protéger, dans l'intérêt général, certaines portions du territoire public perd sa raison d'être quand cet intérêt n'est plus en jeu. M. Cornemin attribue sans hésiter aux tribunaux la connaissance des litiges que suscite entre particuliers l'usage des rivières navigables.

D'autre part, la loi du 25 mai 1838, en donnant qualité au juge de paix pour connaître des entreprises commises dans l'année sur les cours d'eau servant à l'irrigation des propriétés et au mouvement des usines, a principalement visé, je n'en disconviens pas, les petits cours d'eau ; mais il ne serait pas légitime d'en conclure qu'elle ait entendu refuser toute compétence au juge de paix en matière de rivières navigables, quand les lois et règlements relatifs aux attributions de l'autorité administrative ne s'y opposent point.

Le caractère des concessions administratives et des droits qui en dérivent, n'ont rien d'incompatible avec l'action possessoire. Suprême dispensateur des usages publics, le Gouvernement use du pouvoir souverain, dont la loi l'a investi, de deux manières différentes : tantôt il laisse ces usages dans la communauté en édictant des mesures propres à prévenir les conflits, tantôt il restreint l'exercice de ces facultés au profit de certaines personnes : il y a alors concession. Quand les particuliers ont

une concession, ils jouissent de la chose commune comme citoyens, *ut universi jure civitatis* ; ils n'ont et ne peuvent avoir l'*animus possidendi* ; leur possession est inutile comme précaire et équivoque, et il ne dépend pas d'eux d'intervertir le titre de leur possession. Un acte émané de l'administration aura seul cet effet. La concession, en effet, confère au bénéficiaire le droit de jouir paisiblement des choses sous la seule condition d'en être privé si l'intérêt général l'oblige. Le particulier puise dans l'autorisation gouvernementale le pouvoir de convertir sa possession précaire en une possession privée et exclusive vis-à-vis ses concitoyens : il peut se comporter en maître et repousser par les voies de droit les attaques dirigées contre son établissement. En un mot, de précariste dans le sens moderne du mot, il devient précariste dans l'acception romaine à l'encontre de tous sauf l'Etat, il possède pour son compte, et de ce chef il a les interdits possessoires. Les auteurs et la jurisprudence admettent la recevabilité de l'action possessoire de la part d'un concessionnaire (1). Ce système a rencontré, toutefois, une opposition très-sérieuse chez les jurisconsultes belges : entre les opposants se distingue M. Wodon. Le raisonnement de M. Wodon peut se résumer ainsi :

(1) Dalloz, v^o *Act. poss.*, 302. — Carou, *Poss.*, n^o 119. — Garnier, *Act. poss.*, p. 245.

L'acte de concession n'engendre que des droits personnels, publics, essentiellement précaires. L'administration, simple tutrice des biens appartenant à la nation, est sans mandat pour constituer sur ces biens des droits réels d'usufruit ou d'usage. L'intervention du pouvoir législatif est indispensable pour l'habiliter à démembrement le domaine public. Le droit concédé ne peut donc être un droit privé, naissant directement du droit de propriété ; c'est un droit public, personnel, mobilier, précaire enfin dans le sens moderne du mot, non susceptible de possession privée (1).

Le grand tort de la doctrine de M. Wodon est d'enlever à la concession une bonne partie de sa raison d'être. Que cherche le particulier qui fait régulariser sa situation ? la sécurité. Or je vous laisse à juger si la condition que lui fait M. Wodon est bien enviable. Un cultivateur est autorisé à établir un barrage pour la submersion de prairies. L'administration peut un jour ou l'autre en ordonner la suppression. D'autre part, si les autres riverains se saisissent du barrage et font jouer les écluses au gré de leurs intérêts, le concessionnaire n'a pas de recours contre eux devant le juge de paix et ses plaintes ne trouveront pas d'écho auprès de l'autorité administrative, car la querelle ne met pas en péril l'intérêt public.

(1) Wodon, *Traité de la possess.*, II, 383, 384, 385.

M. Wodon reproche à la Cour suprême ses inconséquences, mais est-il bien sûr d'échapper lui-même à un semblable reproche? De ce que, suivant lui, la concession ne confère aucun droit de jouissance réelle, mais un droit purement personnel et mobilier, il en conclut que l'action possessoire ne peut pas naître. Or cette déduction est en contradiction absolue avec la théorie qu'il professe sur les actions possessoires. Suivant M. Wodon, le droit aux interdits ou actions possessoires n'est pas un droit réel mais un simple droit personnel ayant son véritable fondement dans la loi de police et d'ordre public « nul ne peut se faire justice à lui-même », mais non pas dans la possession qui en est plutôt la cause occasionnelle, et encore moins dans une présomption de propriété.

A supposer ces prémisses exactes, M. Wodon ne devait pas refuser au concessionnaire le secours des actions possessoires sous prétexte que leur droit est purement personnel, mobilier. — Tout au contraire, il devrait leur octroyer largement le bénéfice des interdits puisque, dans sa pensée, ceux-ci ont uniquement pour fins le maintien de la tranquillité publique, et que, plus que tous autres, le concessionnaire dont l'établissement a été créé sous les auspices de la puissance publique, a droit à la sécurité.

Il est un argument sur lequel M. Wodon s'arrête avec une insistance toute particulière et qui

forme on peut le dire, la pierre angulaire de sa démonstration, c'est que le droit concédé est un droit public échappant à l'application du Code civil. — il me semble cependant, que du moment qu'une faculté est, pour le profit d'un seul, enlevée à l'usage de tous, cette faculté ne peut être, à moins que je ne m'abuse sur la valeur des mots, qu'un droit privé. J'éprouve quelque difficulté à le qualifier de réel, parce que le droit réel est opposable à tous et que la concession laisse son titulaire à la merci de l'autorité, mais cet embarras ne condamne pas le système que je défends. L'histoire du droit nous offre dans l'emphytéote et plus anciennement le précaire, des contrats similaires à nos concessions modernes, engendrant des droits de nature mixte, réels à certains points de vue, personnels à d'autres et qui cependant, n'excluaient pas l'action possessoire. Bien loin de là la législation romaine avait émis un interdit spécial, l'interdit *de precario*, pour la protection du précariste. On n'a pas oublié que le *precarium* prenait naissance dans les concessions bénévoles faites par les patrons à leurs clients, par les Princes à leurs sujets. M. Wodon m'attend là. Il fait observer que lorsque la concession émanée du Prince avait pour objet l'usage des eaux publiques, l'interdit possessoire, c'est-à-dire l'interdit *de aqua cottidiana*, était considéré comme inapplicable parce que la conduite de ces eaux ne pouvait

former l'objet d'une possession juridique, et la preuve en était que le Préteur avait cru devoir décerner un interdit spécial, l'interdit *de aqua castellaria*, interdit non possessoire. Par conséquent, si nous assimilons la concession moderne à la concession romaine, nous devons, pour être logique, refuser le bénéfice des actions possessoires au concessionnaire.

Je réponds en deux mots, car cette discussion a déjà trop duré : il n'est pas démontré que l'émission de l'interdit *de aqua castellaria* ait eu pour cause la nécessité de suppléer à l'interdit *de aqua cottidiana* non recevable en raison de la nature publique de l'eau (se reporter à notre thèse de droit romain). En second lieu, il est prudent en des matières de droit public d'accepter avec réserves l'autorité du droit romain. A Rome, le principe de la séparation des pouvoirs était inconnu et le prince qui les cumulait tous avait une toute-puissance sur le domaine public que ne possède pas dans l'État moderne le pouvoir exécutif.

La Cour suprême a consacré le système que nous défendons par le motif que la possession n'étant précaire que vis-à-vis de l'État, les particuliers n'avaient pas qualité pour exciper des droits de l'État concédant.

Ainsi l'arrêt du 6 mars 1855 rendu à propos d'une prise d'eau concédée sur les fossés d'un

rempart porte «..... qu'il ne s'agit pas au procès des droits de l'État ou de la commune qui ne sont pas en cause, mais qu'entre particuliers le litige se borne à des intérêts purement privés et qu'alors la possession n'est pas précaire si elle réunit les conditions exigées par la loi (1). »

En principe l'action possessoire est recevable de la part du concessionnaire contre un particulier. Mais deux hypothèses peuvent se produire : le défendeur a agi sans autorisation, ou il est lui-même concessionnaire.

Première hypothèse. — Les travaux impuignés de trouble n'étaient pas autorisés. Le défendeur succombera nécessairement ; l'exception de domania-lité ne porterait pas, car l'État est absolument désintéressé dans la question, et l'administration ne peut voir d'un œil défavorable un concessionnaire faire pour son compte la police du cours d'eau.

Deuxième hypothèse. — Les travaux dont se plaint le concessionnaire émanent aussi d'un concessionnaire.

En pratique le conflit entre deux usiniers naîtra de ce que l'un prétend être lésé par des innovations effectuées dans l'agencement de l'autre usine et dont résulte un reflux nuisible des eaux. La jurisprudence du Conseil d'État tend à attri-

(1) Cass., 6 mars 1855 (Dall. 55, 1, 82).

buer en ces matières compétence exclusive aux conseils de préfecture (voir Dall., *act. poss.*, n° 302) (1).

J'estime au contraire que le juge de paix, sous réserve des observations que nous présenterons tout à l'heure, est compétent pour connaître de ces sortes de litige.

Deux hypothèses sont possibles (2). Un usinier établit un barrage sans autorisation ou lui donne une hauteur supérieure à celle qui est déterminée dans l'acte de concession. Les eaux tenues au dessus de leur repère régulateur refluent sous la roue de l'usine sise en amont. La force motrice se trouve notablement amoindrie. A la requête de l'usinier supérieur le juge de paix a non seulement le droit d'allouer des dommages-intérêts; il peut encore ordonner la destruction du barrage nuisible ou l'abaissement de ce barrage à la hauteur fixée par l'administration. Loin de contrarier les actes de l'administration, l'autorité judiciaire en procure l'exécution.

Le nouvel établissement est autorisé et l'usinier s'est strictement conformé dans tous les détails de sa construction aux prescriptions administratives. L'usinier qui depuis plus d'un an exploite

(1) Consulter sur cette question : Bourbeau, n° 368. — Belime, n° 243. — Leconte, n° 297.

(2) En ce sens : Cass., 9 novembre 1858. — (Dalloz, 58, I, 467). — Curasson, *Compét.*, II, art. 6, part. 1, sect. 3, n° 15.

un moulin sur le fleuve est-il recevable à demander par voie de plainte la destruction de la nouvelle usine? Oui, a-t-on dit, car l'administration ne délivre de permission que dans un intérêt purement privé sous réserve des droits des tiers. Le public n'a rien à perdre à la suppression de l'usine, l'autorité administrative doit demeurer neutre dans le débat.

La jurisprudence s'est rangée à un autre système : elle admet que l'usinier lésé peut demander au nouveau venu une réparation pécuniaire, mais il refuse au juge du possessoire le droit d'ordonner la destruction des travaux régulièrement exécutés (1).

Je n'hésite pas à me rallier au système de la jurisprudence : il me paraît tout d'abord plus conforme au principe de la séparation des pouvoirs : l'administration ayant seule le pouvoir d'approuver un établissement, doit seule avoir celui de l'improver. Donner pleins pouvoirs au juge du possessoire, c'est entraver l'essor d'industries qui peuvent apporter le bien-être et la prospérité dans une contrée. Nos adversaires nous disent : l'administration est toute désintéressée dans la

(1) Il est un cas cependant où l'action possessoire peut aboutir à la cessation du trouble, à la *restitutio in integrum*, c'est celui où l'usinier, demandeur en plainte, a un titre légal, c'est-à-dire qu'il produit un titre antérieur à 1566. — Consultez sur la question Plocque, II, 323.

question, car le régime des eaux n'aura pas à souffrir de la destruction de l'usine. C'est une erreur : fréquemment l'administration impose aux usiniers, en retour des faveurs qu'elle leur accorde, des travaux destinés à améliorer la navigation du fleuve. Les travaux resteront inachevés ou périliteront faute d'entretien si l'usinier est expulsé. On nous parle de la réserve du droit des tiers écrite dans l'acte de concession. Je comprends que la clause ait une portée absolue quand il s'agit de rivières faisant partie du domaine privé comme les petits cours d'eau; en matière de rivières navigables elle a nécessairement moins de portée. L'emploi de l'eau pour l'irrigation des fonds comme pour le roulement des usines demeure toujours à la disposition du gouvernement qui agit, en somme, non seulement à titre de régulateur des usages publics mais aussi comme gérant du domaine de l'État. Ne peut-on pas dire dans une certaine mesure, que toute concession nouvelle qui lèse les intérêts d'un concessionnaire antérieur s'analyse en une révocation partielle de ladite concession (1).

En résumé, il me paraît correct de décider que le débat devant les tribunaux de deux usiniers, dûment autorisés ne peut aboutir qu'à l'allocation de dommages-intérêts.

(1) Voir sur ce point, Carou n° 239. — Proudhon, *Domaine public*, nos 107, 1106, 1111, 1114 et 1169.

Les tribunaux seront d'ailleurs rarement saisis; car la procédure préliminaire à l'ouverture d'une usine sauvegarde très suffisamment les intérêts des tiers. Quand l'usine est projetée, les tiers ont connaissance du projet par les études préliminaires, l'enquête *de commodo et incommodo* et il leur est loisible de former opposition devant l'administration des Ponts-et-Chaussées. L'administration se fait une règle de n'accorder de concessions qu'autant qu'il reste une portion d'eau disponible, et de renvoyer les parties devant les tribunaux quand les oppositions sont fondées non seulement sur des raisons de convenance, mais sur ce qu'une convention ou concession antérieure va être méconnue.

L'action possessoire est-elle recevable pour trouble à des travaux non autorisés. J'estime que l'établissement d'une usine ou d'un barrage sans autorisation ne peut servir de base à la complainte, non pas seulement parce que la possession est délictueuse, comme le disent MM. Bourbeau et Belime, mais parce qu'elle est absolument dépourvue d'*animus possidendi*. Curasson est moins absolu: il ne dénie à l'usinier l'action possessoire qu'autant qu'il cause quelque préjudice à un riverain; celui-ci peut dans l'année du trouble faire détruire les travaux (1).

(1) Bourbeau, n° 368. — Belime, n° 243. — Curasson, *Compét.*, II, 620.

Les prises d'eau faites sans concession sur les rivières navigables ne doivent pas être traitées avec la même rigueur. Comme la loi n'a pas déterminé les formes à suivre pour obtenir l'autorisation, l'usager sera réputé jouir en vertu d'une autorisation tacite ; tant que dure la tolérance de l'administration les voies possessoires lui sont ouvertes (V. Dalloz, *act. poss.*, n° 301).

Mais encore faut-il que la possession ait un caractère exclusif, non équivoque, qu'elle implique de la part du possesseur l'intention de s'opposer à toute entreprise de même nature que la sienne. Ainsi il a été jugé, même avant la loi du 6 frimaire an VII, qui subordonne l'établissement d'un bac à une concession du gouvernement, que la possession d'un bac sur une rivière navigable ne peut servir de base à la plainte contre celui qui établirait un autre bac sur la même rivière.

CHAPITRE II.

DES DÉPENDANCES DU FLEUVE.

Le possesseur en fait de cours d'eau publics, à ne considérer que le fleuve en lui-même dans sa force motrice et les divers émoluments dont il est susceptible, n'a qu'un domaine des plus restreints. Mais les droits du public expirent au rivage, et les portions du territoire qui, forment le cadre, l'accessoire du cours d'eau, la possession recouvre ses effets utiles. Déjà la loi romaine attribuait aux riverains la propriété des terrains adjacents dont le public n'avait que l'usage. « *Riparum quoque usus publicus est jure gentium sicut ipsius fluminis : sed proprietas illarum eorum est quorum prædiis hærent.* » Le Code civil a consacré le même principe; l'art. 630, en imposant à titre de servitude d'utilité publique le marche-pied, a reconnu implicitement que le sol ne faisait pas partie du domaine public. Quant aux atterrissements et îles qui peuvent modifier la forme du rivage ou la physionomie générale du cours d'eau, la loi en confère la propriété aux riverains s'il s'agit d'alluvions, à l'État s'il s'agit de tout autre atterrissement.

§ 1^{er}.

Des rives et du lit du fleuve. — De leur délimitation. —

L'administration a qualité pour prendre les arrêtés de délimitation. — Quelle est l'autorité de ces décisions?

En vertu des principes exposés ci-dessus, le riverain possédant la rive à titre de propriétaire mais avec la limitation du droit de passage qui lui est imposé, dispose de l'action possessoire. Généralement les difficultés naîtront de la jouissance abusive du chemin de halage ou de contestations relatives aux limites du fleuve.

Comme les contours du rivage soumis à l'action incessante des eaux n'ont pas une fixité absolue, tout l'intérêt du débat, dans l'instance formée par le riverain contre l'État ou ses ayant-cause, se concentrera sur le point de savoir où prend fin le lit de la rivière qui est sol public, où commence le rivage qui est sol privé.

Suivant les saisons, les rivières subissent des crues plus ou moins fortes. Quand les berges sont à pic le mouvement ascensionnel des eaux est peu sensible, quand elles sont basses, les terrains visités par les eaux ont plus d'importance. Ces parties du sol soumises au retour habituel des eaux font partie du cours d'eau : elles se distinguent à première vue de la rive par la stérilité dont elles sont frappées. Aussi a-t-on assigné

avec beaucoup de justesse pour limite au lit du fleuve le point où les eaux coulant à pleins bords ne peuvent monter davantage sans déborder. La règle formulée par la Cour de Lyon (1) n'est que la reproduction de la maxime romaine : *Ripa putatur esse quæ plenissimum esse continet*.

Il ne faut pas confondre avec les terrains vagues tour à tour explorés et abandonnés par les eaux, les atterrissements qui viennent accroître le littoral : tantôt le fleuve se portant sur une rive délaïsse le bord opposé pour n'y plus revenir, tantôt des dépôts de limon et de gravier accumulés à la longue se forment sur le rivage et prennent assez de consistance pour rétrécir la largeur du fleuve. L'atterrissement est un gain définitif pour la rive : il prend le nom d'alluvion quand la formation a été lente, successive et imperceptible, de relais, quand la formation s'est produite brusquement. L'alluvion appartient au riverain, le relais à l'État. (Art. 556, 557, 560, C. civ.) Cass., 8 décembre 1863.

Il se peut qu'il n'ait pas été pris d'arrêté de délimitation. Le juge du possessoire commettra un expert pour vérifier l'état matériel des lieux et, sur le vu du rapport, appréciera si les terrains doivent être considérés comme définitivement entrés dans le domaine privé et comme suscep-

(1) Lyon, 25 février 1843 (Dall. *Eaux*, n° 42).

tibles de possession. Mais la question se complique si l'administration produit un arrêté de délimitation.

On n'a jamais contesté à l'administration le droit de délimiter les cours d'eau navigables et flottables; mais de sérieuses divergences existent entre la Cour de cassation et le Conseil d'État sur le caractère et sur la portée de ces décisions (1).

La Cour suprême reconnaît à l'administration les plus larges pouvoirs : le tracé administratif peut s'écarter des lignes naturelles, englober les propriétés riveraines dans le domaine public : mais en retour le riverain lésé a, dans le choix des recours, un droit d'option; il peut agir devant le Conseil d'État pour faire rapporter l'arrêté, ou devant l'autorité judiciaire pour obtenir une indemnité. Si le recours s'ouvre sous la forme de complainte, le juge de paix n'a pas le droit de réintégrer le demandeur dans la jouissance effective du terrain, mais il est compétent pour constater la possession annale du défendeur ainsi que le trouble dont il a été victime.

Dans cette doctrine, la déclaration administrative serait comme en matière de chemins vicinaux constitutive du domaine public (2).

(1) Consulter sur cette question : *Répert.* Dalloz, *Eaux*; Wodon, II, p. 123. — Plocque, *Des cours d'eau*, I, 15.

(2) Jugé en ce sens par la chambre des Requêtes le 6 novembre 1872, dans l'espèce suivante : La dame Morisse est

Le Conseil d'État, au contraire, soutient que le préfet doit se faire une loi de reproduire dans son tracé les lignes naturelles, qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les limites actuelles ou anciennes : tout arrêté qui comprend arbitrairement des propriétés riveraines en agrandissant d'une manière factice le lit du fleuve, est entaché d'excès de pouvoir et susceptible d'être déféré au Conseil d'État, mais les tribunaux ordinaires ne peuvent remettre indirectement la délimitation en question en recherchant si le tracé administratif est en concordance avec l'état naturel des lieux et si les riverains peuvent prétendre à une indemnité (1).

propriétaire d'une ferme, située dans la Seine-Inférieure, dont le territoire est borné par le fleuve. Le lit du fleuve est sur ce point d'une extrême mobilité; d'importants atterrissements s'étaient formés. Un arrêté du Préfet les comprit dans les limites du fleuve. L'administration des Domaines ayant mis en vente les herbages récoltés sur les terrains alluvionnaires, la dame Morisse actionna l'État en complainte devant le juge de paix qui la maintint en possession. Le tribunal du Havre ayant infirmé la sentence, la demanderesse se pourvut en cassation. La chambre des Requêtes rendit un arrêt où je relève les considérants suivants. La Cour..... attendu que les tribunaux doivent se borner à reconnaître le droit de possession annale sauf au complainant à invoquer ultérieurement le bénéfice de cette décision soit pour demander l'annulation de l'arrêté, soit pour demander à l'autorité judiciaire une indemnité. (*Gazette des Tribunaux* du 9 novembre 1872).

(1) Conseil d'État (Commission provisoire) 7 mai 1871. — 13 mai 1872.

La doctrine du Conseil d'État me paraît devoir être préférée. On doit considérer la délimitation donnée par l'autorité administrative comme la constatation juridique *erga omnes* des limites du fleuve, faite en vertu d'une prérogative qui lui est propre et qu'elle est plus que toute autre, capable d'exercer d'une manière satisfaisante, puisque ses décisions sont prises sur l'avis d'hommes spéciaux et compétents comme les ingénieurs. Admettre le contrôle de l'autorité judiciaire c'est ramener l'opération à une simple variété d'expropriation pour cause d'utilité publique, c'est méconnaître le caractère purement déclaratif des arrêtés de délimitation.

Dans ces conditions, le juge de paix doit en présence de l'arrêté de délimitation accueillir le déclinaoire d'incompétence proposé par l'administration.

Réserve faite de cet incident qui, pour des raisons tirées de la séparation des pouvoirs, neutralise entre ses mains l'exercice de l'action possessoire, le riverain maître du rivage et de ses accroissements, peut soumettre au juge de paix tout fait attentatoire à sa libre puissance, tout acte étranger aux obligations inhérentes à la servitude du marchepied. Ainsi la prétention émise par un de ses voisins d'écouler ses récoltes par le chemin de halage donnera lieu à la complainte. Il en est de même des actes de l'administration qui aggrave-

raient la servitude. Les agents des ponts-et-chaussées ont bien le droit d'enlever à la drague les dépôts de sable et limon afin que les bateaux trouvent, pour accoster le rivage, un tirant d'eau suffisant, mais ils n'ont pas celui de creuser dans la berge un garage pour les bateaux. Il faudrait acquérir les terrains nécessaires par voie d'expropriation.

Dans la cas où le riverain intente l'action possessoire à propos d'un terrain alluvionnaire, est-il obligé d'établir la possession annale de ce terrain? Je ne le pense pas. L'alluvion s'incorpore à la rive d'une façon si intime qu'elle forme avec elle un seul et même tout. L'alluvion n'a pas d'existence distincte, n'est pas susceptible d'une possession distincte. La possession annale de la rive emporte celle de l'alluvion (1).

L'État, en ce qui concerne les îles et atterrissements dont il est propriétaire, est également dispensé d'établir l'annalité de sa possession. En effet, à supposer que la formation de ces terrains remonte à moins d'un an, le cours d'eau dont ils sont issus par un fait d'ordre naturel ou des travaux d'art, n'en était pas moins dans le domaine. La jouissance de l'État s'exerçait par l'intermédiaire des citoyens, elle s'exerce désormais par ses

(1) « Non istud incrementum censetur novus ager, sed « pars primi. Eodem jure, eadem causa, eadem qualiter « acquiritur et possidetur sicut ager qui adjectus est. » (Dumoulin).

agents: la possession a changé de forme mais ne se trouve primée par aucune autre possession antérieure.

D'ailleurs l'État comme le riverain doit dans l'année intenter l'action possessoire. Passé ce délai, elle appartient au tiers dont les actes ont été posés en contradiction de son droit de propriété.

Enfin du jour où la possession contraire a pu s'affirmer avec des effets utiles, la prescription a commencé (1).

Suivant que le possesseur a un titre ou n'en a pas, le délai sera de 10 ou 20 ans (art. 2265) ou de 30 ans (art. 2262). Il faut observer, toutefois, qu'il ne peut être question à l'encontre de l'État de possession de 20 ans parce que l'État est présent partout, qu'il a des agents dans le ressort de toutes les Cours d'appel (2).

L'alluvion suit la condition de la rive : en conséquence si le possesseur du fonds principal n'a pour titre qu'une prescription commencée, la prescription de l'alluvion est accomplie en même temps que celle du fonds principal, et cela lors même

(1) Daviel, n° 141. — Curasson, n° 645.

(2) Les îles qui se forment dans les rivières navigables ne deviennent prescriptibles contre l'État qu'à partir du moment où elles ont acquis la solidité et la hauteur nécessaires pour se trouver à l'abri des plus fortes eaux dans les crues normales. A ce moment elles passent du domaine public dans le domaine de l'État (considérants d'un arrêt de la Cour de Grenoble en date du 25 juillet 1866).

que l'alluvion ne se serait opéré que depuis quelques mois, depuis quelques jours.

§ 2. *Du marchepied.*

L'ordonnance des eaux et forêts de 1669 (tit. XXVIII, art. 7) porte que les propriétaires des héritages aboutissant aux rivières navigables laisseront le long des bords 24 pieds au moins de place pour chemin royal et trait de chevaux.

Le Code civil (art. 556 et 650) impose aux riverains sous le nom de marchepied ou de chemin de halage la même charge qu'il classe au nombre des servitudes d'utilité publique. On a critiqué, avec raison la qualification de servitude d'utilité publique. Il n'y a servitude que lorsque la charge est établie sur un fonds et en faveur d'un fonds; si le marchepied a un caractère de réalité qui distingue cette charge des obligations proprement dites, il a moins pour objet l'utilité d'un autre héritage qu'un intérêt général.

On ne peut dire que le chemin de halage soit une servitude, susceptible de quasi-possession donnant ouverture à la plainte contre les riverains pour anticipations ou dégradations.

L'administration poursuivra les auteurs du trouble comme coupables d'infraction aux règlements de grande voirie. Le conseil de Préfecture a qualité pour constater la contravention, prescrire

l'abattage des arbres et haies, le comblement des fossés (L. 29 floréal an X). Conformément à l'art. 640 du C. d'Inst. crimin. ces contraventions se prescrivent par le délai d'un an. L'administration conserve d'ailleurs, nonobstant la prescription de l'amende, le droit d'ordonner la démolition de tout ce qui entrave la circulation sur le chemin de halage. (Arrêt du Conseil, 20 avril 1847) (1).

(1) V. Dalloz, *Act. poss.*, n° 311. — Carou, *Poss.*, n° 138.

CHAPITRE III.

DES CANAUX DE NAVIGATION.

On doit assimiler aux rivières navigables les canaux publics de navigation. Font à ce titre partie du domaine public les grands canaux construits aux frais de l'État alors même qu'ils auraient été cédés ensuite à une compagnie. La concession faite à des entrepreneurs se rapporte à la jouissance des profits de la navigation plutôt qu'à l'aliénation du canal lui-même.

Si les canaux ont été construits, avec l'agrément de l'État, aux frais d'une compagnie, ils sont une propriété privée, mais grevée d'une servitude d'y laisser passer quiconque paie le tarif.

Les canaux appartenant à l'État sont inaliénables et imprescriptibles tant que leur destination publique n'a pas été changée. Le concession ne forme pas à proprement parler une aliénation du canal. « Quels que soient les termes de la concession, dit Daviel, la consécration publique des canaux en attribue toujours le domaine éminent au souverain (1). » Comme les concessionnaires

(1) Daviel, I, n° 199.

des dépendances du domaine public, les compagnies qui exploitent les canaux ont l'action possessoire pour réprimer les empiètements des riverains; mais ils ne doivent pas se faire justice eux-mêmes. C'est pourquoi la réintégrande a été jugée recevable contre des concessionnaires qui, de leur chef, avaient fait arracher des plantations sur les francs-bords du canal.

Quant aux canaux de navigation appartenant à des particuliers, ils peuvent faire l'objet de toutes conventions qui ne sont pas incompatibles avec leur destination publique. Dans cette mesure, ils sont susceptibles de possession et de prescription.

Sous quelle forme pourrait bien se manifester l'usurpation? Théoriquement on peut admettre qu'un individu après avoir perçu pendant un très grand nombre d'années les droits fixés pour la navigation, veuille, au possessoire, demander sa maintenue, au pétitoire se couvrir de la prescription. A supposer même que la question se pose en fait devant les tribunaux, les conclusions du demandeur auront peu de chances d'être accueillies, car la perception de ces droits pourrait être considérée comme l'appropriation d'un droit mobilier et non comme l'occupation d'un immeuble (conf. Curasson, *compét.*, II, art. 6, part. 1^{er} sect. 3, n° 13). Quoi qu'il en soit, à priori le canal pris dans son ensemble est prescriptible parce que la substitution d'un particulier à un autre

n'a rien qui compromette sa destination publique, mais chaque partie considérée isolément ne peut être acquise par prescription parce que le morcellement nuirait à la navigation. Jugé en ce sens que les rigoles alimentaires et leurs francs-bords ne pouvaient être usucapés (rej. 22 août 1837).

Les propriétaires du canal peuvent concéder sur les terrains qui forment la dépendance du canal toutes les servitudes qui sont compatibles avec sa destination publique. Ces mêmes servitudes peuvent être établies par prescription et faire l'objet d'actions possessoires (1).

(1) Les canaux concédés à perpétuité sont regardés par les auteurs et les arrêts les plus récents comme constituant une propriété privée grevée d'un droit de passage au profit de la navigation. Entre autres considérations mises en avant par les partisans de cette doctrine, on fait valoir l'obligation imposée à la compagnie concessionnaire de payer l'impôt foncier.

La jurisprudence de la Cour de cassation reconnaît à la famille Riquet et à ses ayant-cause pleine propriété du canal du Midi et, conformément aux principes exposés ci-dessus, elle a admis des riverains de ce canal à se prévaloir de la possession trentenaire pour l'acquisition d'une servitude de vue ou d'accès sur les francs-bords.

DEUXIÈME PARTIE

DES EAUX QUI NE FORMENT POINT UNE DÉPENDANCE DU DOMAINE PUBLIC.

INTRODUCTION.

Les servitudes dites naturelles ou légales font partie intégrante du droit de propriété : elles ne sont pas susceptibles d'une possession distincte.

Sous la rubrique des servitudes qui dérivent de la situation des lieux, le Code civil a tracé, au livre II, titre IV, les règles relatives à la propriété et l'usage des eaux privées, et déterminé les limites dans lesquelles se trouvent enfermés, dans l'intérêt réciproque des fonds voisins, les droits de chacun. L'intitulé n'est pas d'un choix heureux : aussi a-t-il encouru d'unanimes et très-mérités reproches. Les charges réelles que la loi appelle improprement servitudes légales ou naturelles ne constituent pas de véritables servitudes. La propriété n'est pas, même en droit naturel, comme l'ont soutenu certains esprits chimériques, une puissance

absolue sur les choses ; elle a, de tout temps, reçu des restrictions propres à concilier les intérêts contraires des possesseurs. Loin d'avoir le caractère d'une exception, ces restrictions forment la règle générale, le droit commun des héritages, les lois de voisinage et de nécessité pour parler, comme M. Pardessus ; elles sont imposées réciproquement aux fonds contigus en sorte que ce qui forme la limite à la jouissance de l'un fait partie de la jouissance de l'autre et *vice versa*. Les deux héritages ont une position égale ; or servitude implique asservissement d'un fonds vis-à-vis d'un autre fonds. Quand il est question de servitudes légales il n'y a pour parler exactement ni fonds servant, ni fonds dominant.

J'insiste à dessein sur la distance qui sépare les servitudes conventionnelles des autres charges réelles de la propriété. Car maints auteurs qui censurent vertement le langage du Code ont ensuite, quand on en vient aux applications, une propension invincible à établir entre elles une complète assimilation. Le mal ne serait pas grand s'il n'y avait en jeu qu'une simple question de méthode, mais le débat soulève, en notre matière, des questions capitales dont la solution se ressent singulièrement d'une transgression à des principes proclamés vrais *à priori* et bientôt après méconnus.

En effet, tient-on pour exacte la terminologie

du Code civil, on doit reconnaître que les droits de servitude légale ayant une existence propre sont susceptibles d'être possédés par eux-mêmes et de s'éteindre par le non-usage.

Considère-t-on, au contraire les mêmes droits non pas comme des droits réels accroissant les prérogatives d'un fonds, *augmentum juris*, mais comme les attributs naturels, comme les satellites du droit de propriété, suivant l'expression pittoresque de M. Wodon, on est amené à des conséquences diamétralement opposées.

Les droits de voisinage inhérents à la propriété, participent à son imprescriptibilité par le non usage, étant de ces actes de pure faculté qui, aux termes de l'art. 2232 du Code civil, ne peuvent fonder ni possession ni prescription. Pour isoler ces attributs et finalement les retrancher du domaine, il faut le fait contradictoire et abusif d'un voisin. Si le propriétaire mis en demeure de faire valoir ses droits n'agit pas, il est réputé en faire abandon, et, dans le laps de temps voulu, l'héritage se trouve grevé, par prescription, d'un droit de servitude réelle.

Les droits de voisinage sont possédés virtuellement avec le fonds auquel ils sont attachés sans qu'ils aient besoin d'être spécialement manifestés. Toute entrave au libre usage de ces facultés est en même temps une gêne apportée à la jouissance de l'immeuble, et le possesseur molesté est, de ce

chef, autorisé à recourir aux actions possessoires. C'est ainsi que nous comprenons l'intervention de l'action possessoire pour trouble à l'exercice d'une servitude légale. De bons esprits ont eu des scrupules. En quoi, nous disent-ils, les servitudes légales qui existent au profit d'un héritage *ipso jure*, seraient susceptibles de faire l'objet d'une action possessoire sans qu'elles aient été exercées par le propriétaire de l'héritage. Le plaignant serait écouté sur l'allégation non pas d'un trouble causé à un état de fait, mais d'une atteinte portée à une disposition de loi qui est son titre. C'est le renversement de toutes les notions reçues en fait d'actions possessoires. Un droit réel quelconque doit s'accuser par des actes extérieurs pour donner ouverture à l'action possessoire.

Le raisonnement quoique spécieux ne doit pas nous arrêter ; il procède d'une tendance assez générale dont je signalais tout-à-l'heure le vice et les dangers, et qui consiste à envisager les servitudes naturelles, abstraction faite de la propriété avec laquelle elles font corps. On revient ainsi, par une pente insensible, à les assimiler aux servitudes conventionnelles. MM. Aubry et Rau nous paraissent s'être laissé glisser sur cette pente quand ils énoncent en ces termes, dans leur théorie des actions possessoires, les règles concernant les servitudes légales :

« Les servitudes établies par la loi peuvent

toutes donner lieu à une action possessoire, à supposer bien entendu que le demandeur ait encore actuellement ou qu'il ait eu la quasi-possession de la servitude à l'occasion de laquelle il exerce une pareille action. Il en est ainsi notamment des servitudes établies dans les art. 640 et 643 (1). »

La doctrine de MM. Aubry et Rau a pour elle la jurisprudence, et cependant je persiste à penser que l'action possessoire a pour base non pas la quasi-possession d'une servitude, mais la possession même des fonds. Pour avoir moins d'adeptes que la précédente, notre doctrine compte aussi de chaleureux partisans, MM. Carou, Garnier et Wodon, enfin un auteur peu connu M. D'Hautuille dont je citerai, en forme de conclusion sur ces généralités, un passage extrait d'un article publié dans la *Revue de législation* (vol. VI).

« On peut, à juste titre, considérer l'atteinte portée à une servitude naturelle ou légale comme une atteinte portée à la possession du fonds lui-même dont elle est l'accessoire. Si je suis troublé dans l'exercice d'un des droits que la loi attribue au fonds que je possède, ne puis-je pas me dire troublé dans la possession de ce fonds. Cela admis, le fondement de l'action possessoire, en cas de trouble à une servitude légale, est trouvé. »

(1) Aubry et Rau, II, p. 127. — Sirey, Civ. cass., 13 juin 1814. — Sir. 15. 1. 239. — Req. rej. 3 avril 1852. — Sir. 52. 1. 654.

Des eaux de source.

PRINCIPE DE LA PROPRIÉTÉ DES EAUX DE SOURCE.

L'art. 641 dispose : « Celui qui a une source dans son fonds peut en user à volonté sauf... » On doit voir dans cette disposition l'application d'un principe général formulé par l'art. 552 : la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. *Portio agri videtur esse aqua viva*. Ainsi le maître du sol peut exécuter les sondages et les fouilles nécessaires pour amener à la surface les eaux souterraines, et le voisin n'est pas fondé à se plaindre de ce que les travaux aient coupé les veines des sources qui jaillissaient chez lui.

Le droit du propriétaire est des plus larges ; il peut employer les eaux à tels usages que bon lui semble, usages industriels, agricoles ou de pur agrément, les absorber complètement, en détourner seulement le cours ou les laisser s'épandre sur le fonds inférieur.

L'administration dont le pouvoir réglementaire s'impose aux riverains d'une eau courante n'a point prise sur lui. Les seules limitations à un droit de disposition aussi entier résultent des termes mêmes de la loi. D'après l'art. 641, la faculté de déverser sur les fonds inférieurs les eaux, qui découlent naturellement du fonds supérieur,

ne comprend pas celle d'en augmenter artificiellement le volume, la pente, ou d'en modifier la direction. En un mot, il est interdit au propriétaire supérieur de rendre plus onéreuses pour son voisin les charges qui tiennent à la situation respective des deux fonds. Mais par contre, ce dernier doit subir l'écoulement naturel des eaux et s'abstenir d'élever des digues qui puissent causer un reflux nuisible sur l'héritage supérieur.

Enfin le propriétaire pourra, par convention ou testament, concéder à un tiers un droit sur la source. Quelle est la portée de cette concession? au profit de quelles personnes peut-elle intervenir? Voilà autant de questions sur lesquelles les auteurs ne sont pas d'accord, les uns enseignent qu'on peut transmettre à un tiers quelconque voisin ou non, la propriété de la source ou constituer seulement sur elle un droit de servitude (1); les autres assignent à la concession des effets moindres; elle s'analyserait en un abandon fait par le propriétaire supérieur au profit de l'héritage immédiatement inférieur, du droit d'user comme bon lui semble des eaux de la source, elle n'aboutirait qu'à l'établissement d'un simple droit de servitude. Ce qui était une charge pour le propriétaire inférieur devient un droit (2).

(1) Voir Aubry et Rau, tome III, p. 35. — Arrêts de Cass., 22 mai 1854 et 19 novembre 1855.

(2) Voir en ce sens, Laurent, tome VII, 194.

Appliquons maintenant les principes possessoires aux droits divers consacrés par les art. 640 et suivants.

SECTION PREMIÈRE.

POSSESSION CONFORME AU DROIT COMMUN DE PROPRIÉTÉ ET DE VOISINAGE TEL QU'IL EST RÉGLÉ DANS LES ART. 640 ET 641.

Le propriétaire du terrain qui renferme une source a l'action possessoire pour réprimer le trouble apporté à sa possession.

La compétence du juge de paix n'est pas douteuse. Cependant il s'est trouvé devant les tribunaux des gens qui, subtilisant sur les termes de l'art. 6 de la loi du 25 mai 1838, ont soutenu que les mots..... « entreprises sur les cours d'eau » excluait de la compétence du juge de paix les actions relatives aux sources d'eaux pluviales, eaux mortes.

Les tribunaux ont toujours fait justice de ces arguties de plaideurs aux abois. Cours d'eau est évidemment employé dans un sens large, et le juge de paix est, de par les règles générales de son institution, compétent pour connaître de toutes les actions possessoires.

L'action possessoire est recevable, mais à quelles conditions ? Les conditions n'offrent rien de singulier et le litige est peu compliqué quand le complainant (propriétaire de la source) et son ad-

versaire se posent comme ayant joui dans les termes du droit commun.

Le maître et possesseur du fonds est à ce titre possesseur de la source : il lui suffit d'établir qu'il a la possession annale du terrain où naissent les eaux.

Il n'importe que la source ait fait son apparition depuis quelques mois seulement à la surface du sol. La preuve de la possession est faite : car possession de la source et possession du terrain se confondent dans les mêmes mains. Le demandeur doit, en second lieu, établir qu'il y a trouble possessoire. Comme les parties se retranchent l'une et l'autre derrière le droit commun, que la possession dont elles se prévalent se limite dans les termes de la loi, le juge pour apprécier si le fait impugné constitue un trouble possessoire n'aura qu'à se référer aux dispositions légales qui réglementent l'usage des eaux. Les lois prohibitives du cumul ne sont pas violées. En effet s'il est permis au magistrat de consulter les titres conventionnels pour apprécier le caractère juridique de la possession, à plus forte raison peut-il, sans outrepasser les bornes de ses pouvoirs, prendre en considération aux mêmes fins les titres légaux. Je dis à plus forte raison ; car les titres légaux ne formant après tout que le droit commun de la propriété, il y a tout lieu de penser que les parties ont modelé leur jouissance sur le régime équitable qui leur est

imposé. L'induction est jusqu'à preuve contraire très légitime.

Nous avons, par hypothèse, supposé que les parties n'alléguaient pas une possession dérogatoire au droit commun : l'office du juge du possessoire se rapprochera singulièrement de celui du juge du pétitoire : le débat portera en somme sur l'interprétation des art. 640 et 641. Enumérons brièvement les espèces qui se reproduisent le plus souvent dans la pratique.

La complainte est motivée sur le fait qu'un propriétaire a mis obstacle aux fouilles et sondages effectués par un voisin sur son terrain, sous prétexte que les dits travaux coupaient les veines alimentaires d'une source. Le demandeur aura gain de cause encore qu'il ait pour adversaire une commune. L'art. 643 ne saurait par une interprétation abusive s'appliquer aux sources souterraines et enlever au propriétaire le droit de faire des fouilles qui pourraient avoir pour résultat de tarir une fontaine communale (1).

(1) Jugé en ce sens par un arrêt de la Cour de cassation en date du 26 juillet 1836.

La ville d'Apt avait agi en complainte contre les sieurs Pins qui en faisant des fouilles dans leur propriété avaient diminué le volume d'eau des fontaines communales. — Voici les considérants de l'arrêt de la Cour suprême : Attendu..... que si l'art. 643 défend au propriétaire d'une source d'en changer le cours quand elle fournit aux habitants d'une source l'eau qui leur est nécessaire, le législa-

Dans deux circonstances exceptionnelles, la possession légale de la source ou plus exactement des eaux souterraines reçoit des limitations.

1^o Le terrain est compris dans le périmètre de protection assigné à un établissement d'eaux minérales ou thermales déclaré d'utilité publique, en vertu du décret du 8 mars 1848 et de la loi du 14 juillet 1856.

2^o Le terrain confine des galeries amenant de loin les eaux des fontaines publiques de certaines grandes villes et dans le voisinage desquelles toutes fouilles et creusements de puits sont interdits par d'anciens règlements.

Enfin le propriétaire d'un héritage ne doit pas perdre de vue les dispositions de l'art. 674 du C. civil. Celui qui fait creuser un puits près d'un mur mitoyen ou non est obligé de laisser la distance prescrite par les règlements et usages particuliers. L'oubli des prescriptions de l'art. 674 autorise le voisin qui craint pour la solidité du mur à former la complainte ou la dénonciation de nouvel œuvre.

teur n'a pas entendu accorder aux agrégations d'habitants un privilège de telle étendue qu'il ait voulu les affranchir des dispositions de droit commun relatives aux actions possessoires, que dans l'espèce le tribunal a pu décider, en puisant dans l'examen des titres les éléments de sa conviction, que la commune n'était pas fondée dans sa demande au possessoire.

Diverses servitudes légales peuvent gêner le maître du sol dans la recherche des eaux souterraines. Mais l'obstacle apporté au libre exercice de ses droits n'a pas toujours la même puissance.

La possession contraire énerve certainement la servitude de ne pas creuser dans le voisinage des édifices privés, tandis qu'elle ne peut faire tomber les prohibitions édictées dans l'intérêt général, par exemple quand il s'agit d'un établissement thermal déclaré d'utilité publique : les agissements du maître du sol à quelque date qu'ils remontent ne sauraient fonder une possession utile.

Le propriétaire de la source, maître d'en retenir les eaux ou de les laisser descendre la pente naturelle du terrain, a l'action possessoire pour réprimer chez son voisin toute velléité d'y mettre empêchement : il agit comme possesseur annal du fonds et non comme quasi-possesseur d'un droit de servitude. Ainsi que le fait observer M. Molitor, le droit de laisser écouler l'eau qu'on appelle servitude naturelle, peut devenir la cause ou l'occasion de l'action possessoire mais ne saurait être considéré comme étant la base même de cette action. En bonne théorie, nous devons relever ces nuances, bien qu'elles n'aient qu'un intérêt pratique fort restreint. La jurisprudence ne prend point souci de les observer (1).

(1) Civ. cass. 13 juin 1814; Sir. 15. 1. 239; Cass. 3 avril 1852; Sir. 52. 1. 654.

Je dis à dessein que le maître du sol peut recourir à l'action possessoire, car l'action possessoire pourra être suivie dans les cas la dénonciation de nouvel œuvre ou la complainte. Sur le confin des deux héritages, mon voisin dresse une rangée de madriers destinés à former le gros œuvre d'une digue. L'eau filtre à travers les bois grossièrement équarris. Jusqu'au jour où, pour mettre la dernière main à son ouvrage, le voisin aura bouché ces interstices, il ne se produit pas de reflux nuisible, ma possession n'est pas actuellement troublée ; mais, comme les travaux accusent nettement la pensée et le but de leur auteur, je puis, dénonçant le nouvel œuvre, faire ordonner la suspension des travaux. La digue une fois achevée, les eaux, privées de toute issue, inondent ma propriété ; le trouble se réalisant m'autorise à intenter la complainte et à conclure à la destruction des travaux. Le délai pour agir est d'un an à compter de l'achèvement des travaux.

Si la résistance du propriétaire inférieur, loin

En rapportant l'arrêt de 1814, Carré émet l'avis que l'action possessoire n'est admissible qu'autant que le propriétaire supérieur prouve que pendant l'année antérieure au trouble, c'est-à-dire à la construction de la digue, les eaux avaient leur écoulement à l'endroit où la digue est établie. La proposition ne me paraît pas pouvoir être admise d'une façon absolue. Si, par un événement de nature, les eaux avaient brusquement changé de direction, le propriétaire inférieur ne pourrait pas se refuser à les recevoir.

d'être injuste, n'est que le légitime exercice des droits de voisinage, alors le trouble possessoire disparaît. Aussi le propriétaire inférieur s'efforcera-t-il de démontrer que son voisin a rendu plus onéreuse pour lui la servitude établie par l'art. 640, en détournant les eaux de leur direction naturelle, en altérant leur pureté, etc.

Le conflit a surgi maintes fois dans la pratique entre les maîtres de forges et les particuliers dont les cultures avaient à souffrir de la transmission des eaux malsaines issues de bocards et patouillets (1). En vain, les industriels se couvrent-ils de l'autorisation administrative. (Loi du 21 août 1810, art. 72) (2).

La plainte fondée sur un état de choses jusque-là intact est recevable. Le propriétaire lésé aurait même la ressource d'agir au criminel en vertu de la loi du 6 octobre 1791 (art. 15), qui dispose que « personne ne peut inonder l'héritage de son voisin ni lui transmettre des eaux nuisibles sous peine de payer une amende et le dommage, qui ne pourra excéder la somme du dédommagement. »

La disposition de l'art. 640 doit être entendue

(1) On entend par bocards les machines à écraser le minerai, patouillets les ateliers où l'on opère le débouillage, c'est-à-dire la séparation du minerai avec les matières terreuses.

(2) Abrogé, art. 1^{er}, loi du 6 mai 1866.

sainement : il ne faut pas qu'un cultivateur qui, sans malice, modifie quelque peu son mode d'exploiter, soit exposé tous les jours à être cité devant le juge de paix. « La surcharge qu'éprouverait le fonds inférieur, dit M. Pardessus, ne serait réputée qu'un effet de la culture. Or la culture étant l'état naturel d'un fonds, on ne pourrait dire que les eaux aient cessé de couler naturellement (1). »

Au juge revient le soin de discerner l'exercice légitime de la propriété, de l'usage abusif du même droit. Sa décision ne peut d'ailleurs (car nous sommes au possessoire) préjuger en rien du pétitoire.

SECTION II.

POSSESSION CONTRAIRE AU DROIT COMMUN DES HÉRITAGES.

Nous avons supposé jusqu'ici que les propriétaires d'héritages voisins acceptant la situation que la loi et la nature leur fait, se bornaient à demander que cet état de choses fut respecté. Mais leurs prétentions ne se produisent pas toujours sous une forme aussi modeste : tantôt le propriétaire supérieur veut renchérir sur la servitude naturelle d'écoulement par l'aggravation des charges qui en résultent, tantôt le propriétaire

(1) Pardessus, *Des servit.*, I, 86.

inférieur cherche à se soustraire à ces mêmes charges ou à s'approprier l'usage des eaux dont il n'a profité jusqu'alors que par tolérance : la convention, la destination du père de famille, la possession peuvent servir de point d'appui à leurs prétentions.

Pour rester fidèle à notre programme, nous envisagerons seulement la dernière de ces hypothèses.

§ 1^{er}.

Droit de transmettre au fonds inférieur les eaux de source dans des conditions plus onéreuses que ne le comporte la servitude légale de l'art. 640.

Le propriétaire supérieur demande à se faire maintenir en possession de la servitude active consistant à rejeter sur le fonds inférieur des eaux devenues par son fait nuisibles ou torrentielles. La servitude dont il s'agit est-elle susceptible d'une possession réunissant les caractères déterminés par les art. 23, C. pr. et 2229, C. civ. ? Constitue-t-elle une servitude continue et apparente ? Tels sont les points que le juge s'appliquera à éclaircir pour apprécier si l'action possessoire est recevable.

Prenons un exemple. Un propriétaire recueille dans un fossé profond les eaux d'une source qui s'épandent en tous sens dans son domaine, y entretiennent une humidité pernicieuse, et les

déverse en masse sur son voisin. Cet état de choses a la forme d'une servitude apparente ; il se manifeste par des ouvrages extérieurs, continus, et le fossé une fois creusé, il n'est plus besoin de l'intervention de l'homme pour la transmission des eaux. Vainement alléguerait-on que le ruisseau ne coule que d'une manière intermittente, que dans les grandes chaleurs il tarit complètement. Le demandeur répliquerait avec raison que la théorie de la *causa perpetua* n'a point passé dans notre législation et qu'une servitude peut être l'objet d'une possession utile alors même qu'elle n'est pas continuellement exercée ; telle est la servitude d'égoût comprise par l'art. 690 dans l'énumération des servitudes continues et apparentes. Du moment que des ouvrages permanents et extérieurs excluent toute idée de provisoire et de tolérance, et que le fait actuel de l'homme n'est pas nécessaire pour mettre en jeu la servitude, on ne doit pas hésiter à tenir cet état de choses comme constitutif d'une servitude prescriptible.

Des doutes sérieux se sont élevés sur le point de savoir si le fait de rejeter sur le fonds voisin des eaux corrompues pouvait être le point de départ d'une possession *ad usucapionem*. Il est raisonnable de penser que la transmission d'eaux délétères, malsaines, dangereuses pour la santé des hommes et des animaux, n'est pas susceptible de

fonder une possession utile. Comme le dit fort bien Troplong, la salubrité publique proteste contre de pareilles entreprises, et il n'y a pas de possession qui puisse prévaloir contre elles.

Mais les eaux peuvent être salies sans perdre pour cela leur innocuité : l'objection tirée de l'intérêt général n'est plus, dès lors, opposable. M. Troplong cite à titre d'exemple « une tuerie déversant dans un ruisseau par un canal de maçonnerie le sang des animaux, de telle sorte que les eaux viciées par l'immersion de ces matières ne fussent point d'aussi bonne qualité pour une teinturerie de cotons située en aval. » L'éminent jurisconsulte émet l'avis que le boucher pourra dans l'an et jour se faire maintenir en possession de la servitude; il avoue cependant que la question peut souffrir difficulté. Et de fait, on a soulevé des objections. La servitude est discontinue, a-t-on dit, car si le ruisseau coule sans l'intervention du propriétaire, il reçoit tout au moins de sa main les substances sales. Chaque fois que le boucher abat un animal, l'eau est maculée; à ce moment seulement, le propriétaire inférieur souffre de la transmission d'eaux moins limpides. Donc la gêne se produisant d'une manière intermittente comme conséquence immédiate d'un fait de l'homme, il est impossible de dire que la servitude ait un caractère de continuité. Tel est le raisonnement de M. Daviel qui prend à partie

la doctrine de Troplong et lui oppose la lettre même de l'art. 688. Comme M. Troplong se contente pour toute justification d'assimiler à la servitude d'égoût l'espèce qu'il propose, M. Daviel répond que l'égoût visé dans l'art. 688 est l'égoût destiné à transmettre les eaux pluviales qui remplit son office toutes les fois qu'il pleut, et doit à cette circonstance son caractère de continuité (1).

Pour mon compte, je ne pense pas qu'on puisse refuser *à priori* à la transmission des eaux sales le bénéfice d'une possession utile. On sait les raisons pour lesquelles le législateur a frappé d'imprescriptibilité les servitudes discontinues; il considère que leur possession n'est de la part du propriétaire qui en souffre qu'un acte de tolérance. Mais les faits peuvent apporter un démenti formel à cette présomption. Il en est ainsi dans notre espèce : la tuerie constitue un malaise permanent pour l'exploitation sise en aval, et l'inaction de l'usinier ne peut s'expliquer que par une abdication de ses droits ou un acquiescement. Le magistrat doit avoir un très large pouvoir d'appréciation; à lui de décider si les agissements du propriétaire supérieur excluent toute idée de tolérance et de précarité, et peuvent imprimer à la possession de la servitude un caractère utile, quoique l'intervention fréquente de l'hom-

(1) Troplong, *de la Prescript.*, I, 141. — Daviel, II, 710.

me soit nécessaire pour en tirer parti (1).

Il va de soi que les fossés, ouvrages de toutes sortes exigés pour la transmission des eaux doivent être l'œuvre du propriétaire supérieur. S'il n'en était pas ainsi, on pourrait supposer avec raison que le propriétaire inférieur a voulu faciliter l'écoulement dans son intérêt, car, de droit commun, le maître d'un héritage grevé d'une servitude n'est pas obligé *in faciendo*, mais *in patiundo*. *Quid* s'il y a doute sur l'auteur des travaux ? La présomption est qu'ils ont été entrepris par le propriétaire du terrain qui leur sert d'assiette.

J'ai défini les caractères que doit présenter la transmission des eaux à l'héritage inférieur pour engendrer une servitude susceptible de s'acquérir par prescription et de donner lieu aux actions possessoires.

Il me reste à faire observer que depuis les lois du 29 avril 1845 et du 10 juin 1854, qui autorisent tout propriétaire à exiger de ses voisins un passage pour les eaux nuisibles, il y a encore intérêt à se prévaloir de la longue possession. En se réclamant non de la servitude légale créée par les lois récentes, mais d'une servitude dérivant de son fait, le propriétaire supérieur se soustrait au paiement de la juste et préalable indemnité due au

(1) Demolombe, VII, 712.

propriétaire inférieur pour l'expropriation dont il est frappé.

§ 2.

Droit de ne point recevoir les eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur.

Le droit pour le maître de l'héritage inférieur de ne point recevoir une source qui découle naturellement de l'héritage supérieur constitue à la charge de ce dernier une servitude négative, non apparente et comme telle non susceptible de possession utile. Par exception, l'action possessoire est recevable s'il existe une convention aux termes de laquelle le propriétaire supérieur a renoncé au bénéfice de l'art. 640 : le soin qu'il a pris pendant plus d'un an à retenir les eaux de son domaine apparaît comme la suite nécessaire de ses engagements, et la contrainte qu'il s'impose vis-à-vis de son voisin assure à ce dernier une sorte de saisine possessoire. On pourrait soutenir et on a soutenu que l'action possessoire est possible. Un arrêt de la Chambre des requêtes en date du 26 décembre 1865 paraît admettre l'affirmative. La ville de Perpignan demandait sa maintenue au possessoire dans le droit de ne point recevoir en temps d'orage les eaux et le sable tombant d'un ruisseau supérieur dans un autre ruisseau lui appartenant. La servitude réclamée par la

ville ne trouvant pas de point d'appui dans un titre émané des propriétaires supérieurs, les prétentions de la ville furent définitivement écartées par la Cour suprême (1).

On peut se demander si l'action possessoire eût été également jugée non recevable dans le cas où des travaux de défense auraient été effectués depuis plus d'un an par la municipalité ? La Cour, fait observer l'arrêtiste, en l'absence de pareils travaux n'a pas résolu la question qui n'est pas sans difficulté. Je ne pense pas qu'il faille hésiter. Une digue est bâtie pour faire refluer sur l'héritage supérieur les eaux qui en proviennent, l'intention du propriétaire inférieur de s'affranchir de l'écoulement naturel des eaux prend corps et s'accuse extérieurement; il ne se contente pas de dénier à son voisin l'exercice d'une faculté légale, il agit en conséquence, donne à son opposition une forme matérielle : la servitude qu'il entend faire peser sur son voisin est bien affirmative, apparente, continue, susceptible d'être acquise par prescription.

Il y a même des auteurs qui font grâce au propriétaire inférieur du délai de prescription quand les ouvrages défensifs ont été faits au su et vu du propriétaire supérieur. L'inaction de celui-ci équivaldrait à la remise de la servitude naturelle d'é-

(1) Req. rej. 26 décembre 1865, (D. 66, 1, 225).

coulement et dès lors toute réclamation ultérieure de sa part devrait être écartée (1). Toullier partage cette manière de voir, mais il pense que le propriétaire supérieur déchu du droit de requérir la destruction de l'ouvrage peut, néanmoins, demander une indemnité pendant trente ans.

Le système de M. Daviel n'est pas moins contraire aux textes qu'aux principes. Il ne saurait être question de remettre une servitude là où il n'en existe point. Le fonds inférieur en recevant les eaux ne subit pas, nous ne saurions trop le répéter, une véritable servitude. C'est au contraire en protestant contre cet état de choses, en s'opposant au passage des eaux, que le propriétaire inférieur cherche à acquérir une servitude. Il lui faut un laps de 30 ans pour être à l'abri de l'action négatoire. M. Demolombe qui critique comme nous la doctrine de M. Daviel, cite fort à propos une maxime d'Ulpien où l'attitude expectante d'un propriétaire menacé de l'établissement d'une servitude, est très correctement interprétée : « *invitum in servitutibus accipere debemus non eum qui contradicit sed eum qui non consentit.* » Il ne suffit pas de ne point faire opposition, il faut formellement consentir (2).

Subsidiairement, on s'est demandé si trente ans

(1) Daviel, I, 369.

(2) Demolombe, XI, 247.

après la construction des ouvrages nuisibles, l'action en dommages-intérêts s'éteignait en même temps que l'action négatoire. Encore que le reflux des eaux aitsa cause dans un état de choses ancien couvert par la prescription, le préjudice en se renouvelant chaque jour n'engendre-t-il pas une nouvelle action en indemnité? Il faut répondre négativement. La possession trentenaire fait supposer une transaction intervenue entre les propriétaires voisins; dès lors il ne saurait être question pour le propriétaire inférieur d'encourir une responsabilité pécuniaire quelconque pour le ravage des eaux (1).

Il n'est pas nécessaire que les travaux aient été faits sur le fonds supérieur; l'essentiel est que par leur importance, par leur nature, ils ne laissent planer aucune équivoque sur le dessein qui les a dictés, sur l'intention de prescrire. Cette signification ne saurait appartenir, on le comprend aisément, qu'à des travaux faits par le propriétaire inférieur.

M. Laurent est moins exigeant, il ne s'inquiète pas de savoir quel est l'auteur des travaux. Pour lui, il ne s'agit ici que de l'extinction d'une servitude continue (2). Or tout ce que l'art. 707 requiert

(1) Paris, 8 août 1836. — Dev., 36. 1. 247. — Laurent, VI, 373.

(2) Laurent, VI, 373. — Aubry et Rau, III, 240. — Voyez en notre sens, Demol., XI, p. 58; Duranton, VI, p. 165.

c'est qu'il ait été fait un acte contraire à la servitude et que cet état de choses ait duré 30 ans. La raison de ces divergences nous est connue. M. Laurent tient la charge imposée aux fonds inférieurs par l'art. 640 pour une véritable servitude, et, induit en erreur par cette notion inexacte, il voit dans les agissements du propriétaire inférieur le point de départ d'une prescription extinctive et non celui d'une prescription acquiescitive.

§ 3. — *Droit de prise d'eau ou d'aqueduc sur les eaux issues du fonds supérieur.*

a. Conditions requises pour la prescription. Etude détaillée de la disposition de l'art. 642? Point de départ de la prescription. Jouissance non interrompue pendant trente ans. Quelle doit être la nature des ouvrages requis par la loi. Sur quels fonds les travaux doivent-ils être faits? Controverse. — *b.* Au profit de quels fonds la prescription peut-elle s'accomplir? Faut-il que les fonds soient contigus? — *c.* Effets de la prescription. Le propriétaire inférieur peut-il par ce mode acquérir la propriété de la source.

a. Le droit de possession et de disposition absolue que la loi confère sur la source au propriétaire de l'héritage dont elle est issue, souffre limitation en cas de possession contraire d'une servitude de prise d'eau ou d'aqueduc.

A quelles conditions cette possession est-elle efficace et mène-t-elle à la prescription? c'est ce

que nous apprend l'art. 642, C. civ., dont nous étudierons les dispositions avec quelques développements. Mais fixons d'abord les principes.

Le simple écoulement de l'eau de la source ne saurait attribuer aucun droit au propriétaire inférieur alors même que la source eût été déviée de sa direction primitive. Une telle jouissance, fut-elle immémoriale, est sans effet : « quia tunc aqua
« non videtur discursisse jure servitutis sed potius
« jure cujusdam facultatis (1). »

On sait que les actes de pure faculté ou de simple tolérance ne peuvent engendrer de possession utile. Or le propriétaire supérieur, en laissant couler l'eau dans telle ou telle direction, fait un acte de pure faculté ; sa persistance à ne point utiliser la source n'implique pas de sa part abandon de ses droits, et d'autre part, l'intention d'acquérir, d'usurper un droit d'usage ne ressort pas nécessairement du fait que son voisin a tiré parti des ressources qu'on lui abandonnait.

Il faut, pour que le maître de l'héritage inférieur acquière un droit, que sa jouissance soit accompagnée de signes extérieurs qui accusent sans équivoque possible, sa volonté de créer à son profit une servitude sur le fonds supérieur. C'est le droit commun en matière de prescription, dont l'article 642 n'est que la consécration ; je cite intégral-

(1) Cœpalla, *de servit.*

lement sa teneur en raison de son importance. Art. 642 : « La prescription, dans ce cas, ne peut s'acquérir que par une jouissance non interrompue pendant l'espace de trente ans, à compter du moment où le propriétaire du fonds inférieur a fait et terminé des ouvrages apparents destinés à faciliter la chute du cours de l'eau dans sa propriété. » Ainsi la jouissance qui satisfait aux conditions déterminées par l'art. 642 aboutit à la prescription. *A fortiori* assure-t-elle le bénéfice des actions possessoires.

Etudions en détail l'art. 642.

Point de départ de la prescription. — La prescription commence à courir « à compter du moment où les ouvrages sont faits et terminés ».

Le point de départ de la prescription n'est pas le commencement des travaux mais leur achèvement : j'entends par là le moment où la dérivation de l'eau dans le canal pourra se produire. Jusque-là le propriétaire de la source pouvait caresser l'espoir que son voisin renoncerait à ses desseins, mais quand il suffit de lever une écluse pour ouvrir aux eaux une voie nouvelle qui leur est tracée, le doute n'est plus permis : la prescription commence, alors même que la dernière main n'a pas été mise aux travaux de déblaiement et de consolidation.

Il faut que la jouissance soit *non interrompue*.

L'interruption est naturelle ou civile (art. 2243). L'interruption naturelle se produira par la retenue ou le détournement des eaux ; elle sera la conséquence immédiate de ces faits si le propriétaire inférieur n'a pas, à ce moment, la possession annuelle ; dans le cas contraire, elle résultera du maintien pendant un an au moins, de l'état de choses constitutif de la retenue ou du détournement des eaux.

L'interruption civile se réalise par voie de citation en justice. Il ne saurait être question de commandement ou de saisie. On somme l'auteur des travaux de reconnaître que sa jouissance est toute précaire : s'il ne consent point à faire cette déclaration il sera actionné en justice, et le jugement en tiendra lieu. Une simple protestation contre les agissements du propriétaire ne vaut pas pour interrompre la prescription (1).

Qu'est-ce qu'un ouvrage dans le sens de l'article 643 ? Cela emporte l'idée de quelque chose de stable, de permanent qui sollicite constamment la vigilance du propriétaire de la source. Un barrage fait avec des branches d'arbre, du sable, du gazon pour recueillir les eaux ne répondrait pas aux vues du législateur. Ce n'est pas qu'il faille exiger un travail en maçonnerie, un simple fossé en terre suffit.

(1) Aubry et Rau, III, § 244, note 18.

Mais le fait de curer un canal, d'en réparer les parois ne doit pas être pris en considération, parce qu'il peut s'expliquer par des tolérances de bon voisinage (1). Daviel enseigne toutefois que « le curage pourrait avoir été accompagné de circonstances tellement caractéristiques, qu'il porterait en lui-même l'indice d'une possession contradictoire et hautement reconnue au profit du propriétaire inférieur, par exemple s'il avait été fréquemment répété. » Si large que soit la part faite à l'appréciation des circonstances de la cause, je ne puis admettre que des faits passagers, intermittents, constituent des ouvrages dans le sens de l'art. 642. Encore une fois, la loi veut un état de choses fixe, à demeure, qui rappelle sans cesse à l'intéressé l'éviction dont il est menacé.

Les ouvrages doivent être apparents. Un aqueduc pratiqué souterrainement sous l'héritage voisin rendrait la jouissance inefficace, à moins que des indices extérieurs tels que regards, puits d'air, n'en révélassent l'existence. Dans ce cas, le juge pourrait décider que la servitude n'a pas un caractère clandestin. Si la propriété d'un sous-sol (art. 553) peut être acquise par prescription, à plus forte raison peut-il en être de même d'une simple servitude (2).

(1) Cass. 18 juillet 1831. — Bourges, 18 juin 1828.

(2) Laurent, VII, 202 et arrêt cité en note.

Il faut que les travaux aient été exécutés par le propriétaire inférieur, qu'ils soient destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété. Le texte est formel. Mais il est parfois malaisé d'établir quel est l'auteur des ouvrages. La construction de l'aqueduc remonte à une époque très éloignée, les témoignages sont vagues, peu probants. Comment sortir de la difficulté? La Cour de cassation décide que les travaux sont réputés faits par celui auquel ils profitent : « *is fecit cui prodest* (1). » Dans l'affaire qui lui fut soumise le 12 avril 1830, la Cour fit le raisonnement que le canal n'ayant pu être construit que dans l'objet de ramener forcément et introduire les eaux dans le fonds inférieur, les travaux devaient être considérés jusqu'à preuve contraire comme l'œuvre du propriétaire inférieur.

Cependant, il y a telles circonstances où des doutes pourront s'élever sur le point de savoir à qui les travaux sont plus spécialement utiles. Une simple rigole creusée dans le fonds où jaillit la source est, comme le fait observer Duparc-Poulain, un intersigne très équivoque. Le propriétaire supérieur soutient que le fossé a été fait aux seules fins de débarrasser son domaine d'eaux nuisibles et superflues, son adversaire réplique que le fossé

(1) Civ. rej. 12 avril 1830. — Sir. 30, 1. 174. — Req. rej. 1^{er} décembre 1856. — Sir. 57, 1. 844.

avait pour but de procurer à ses terres le bienfait de l'irrigation. Si ces allégations contradictoires ont une égale vraisemblance et qu'il n'y ait pas de raison sérieuse pour donner la préférence à l'une plutôt qu'à l'autre, il faut s'en tenir à la règle de l'art. 553, « toutes constructions sur un terrain sont réputées faites par le propriétaire et lui appartenir si le contraire n'est prouvé. » C'est donc sur le propriétaire inférieur que retombe tout le fardeau de la preuve (Rouen, 15 décembre, 1843. Montlambert, c. Baroche). L'arrêt précité est intéressant à consulter, parce qu'il résout non-seulement la question qui nous occupe actuellement, mais aussi celle de savoir à quelles conditions la possession d'une conduite d'eau souterraine pourra être considérée comme suffisamment publique.

Nous allons aborder une question des plus controversées. Est-il nécessaire que les ouvrages apparents aient été faits dans le fonds où jaillit la source. La jurisprudence de la Cour de cassation est constante : elle exige des travaux sur le fonds supérieur. Mais la doctrine est divisée.

Premier système. — La loi se borne à demander des ouvrages apparents sans requérir qu'ils soient établis dans le fonds où la source prend naissance. Que telle ait été la pensée des rédacteurs du Code,

cela ressort avec la dernière évidence des travaux préparatoires (1).

Dans sa teneur primitive, l'art. 641 se réduisait à la disposition suivante : « Celui qui a une source dans son fonds peut en user à volonté. » La discussion s'engagea au Conseil d'Etat sur un amendement de Berlier. Celui-ci proposait d'ajouter « sans préjudice néanmoins des droits du propriétaire inférieur quand il a reçu l'eau de cette source pendant le temps suffisant pour prescrire »..... Treilhard objecta que pour prescrire il fallait posséder *animo domini*, que le propriétaire inférieur ne pouvait ignorer, en recevant les eaux de la source, que son voisin pouvait à tout moment les retenir chez lui et n'entendait pas lui donner un droit en laissant couler les eaux. Berlier fit observer qu'il serait fâcheux de voir un particulier brusquement privé des eaux dont son voisin l'a laissé jouir pendant de longues années, surtout lorsqu'il y a des ouvrages faits en considération de cet état de choses. MM. Regnault de Saint-Jean d'Angely et le consul Cambacérès abondèrent en ce sens : « Lorsque le propriétaire de la source, dit le consul, a souffert pendant le laps de temps nécessaire pour la prescription les ouvrages faits par le propriétaire inférieur, il paraît avoir tacite-

(1) Discussion au Conseil d'État et à la section de législation du Tribunat. Fenet, tome XI, p. 256-262.

ment concédé ses droits à ce dernier. » L'amendement de Berlier fut adopté.

En somme on s'était mis d'accord sur deux points: 1^o la simple jouissance des eaux est impuissante à fonder la prescription; 2^o des ouvrages faits par le propriétaire inférieur sont nécessaires, sans se préoccuper nullement du point de savoir dans quel fonds les ouvrages devaient être faits.

Mais la question fut soulevée devant le Tribunal et, dans le sein de la section de législation, les divergences que nous constatons aujourd'hui dans la doctrine se manifestèrent. Ceux qui voulaient subordonner la prescription à des ouvrages exécutés sur le fonds supérieur disaient: « On convient que le propriétaire inférieur ne peut acquérir la prescription par une simple jouissance et qu'il doit faire des ouvrages pour témoigner l'intention qu'il a de prescrire, et comment son voisin la connaîtra-t-il si les ouvrages ne sont faits que dans le fonds inférieur? et alors même qu'il eut connaissance des travaux, comment empêcher le propriétaire inférieur de faire chez lui ce que bon lui semble ». « Les moyens d'interrompre la prescription ne manquent pas au propriétaire de la source, répliquaient les partisans de l'opinion contraire; pendant trente ans, il peut obtenir ce résultat, soit en absorbant la source, soit en déclarant au propriétaire inférieur qu'il n'entend pas laisser prescrire contre lui le droit de disposer

des eaux. Dès qu'il n'a rien fait de tout cela, son silence vaut consentement à ce que le propriétaire inférieur conserve ce que la nature lui a donné. »

La dernière de ces deux opinions eut gain de cause et la section, pour éviter toute équivoque, fit substituer le mot *apparents* au mot *extérieurs* qui aurait pu être interprété en ce sens que les travaux devaient être pratiqués en dehors du fonds inférieur. A la suite de cette discussion, notre texte reçut sa forme définitive et fut présenté au Corps législatif par Berlier, auteur de l'amendement.

Il faut refuser toute autorité aux travaux préparatoires ou reconnaître que la volonté du législateur s'est manifestée dans ces débats aussi clairement que possible et j'ajoute, en parfaite connaissance de cause. S'il est vrai que le Tribunal se soit écarté des principes c'est sciemment qu'il l'a fait. « Le propriétaire inférieur, disait-on tient sa jouissance du bienfait de la nature et non d'une convention expresse ou tacite entre lui et le propriétaire supérieur. Si le propriétaire laisse passer un long intervalle de trente ans sans protester, il est censé avoir ratifié l'ouvrage de la nature.... » (Fenet, tome XI, p. 257-284).

A l'argument tiré des travaux préparatoires viennent se joindre, en faveur du premier système, d'autres considérations qui ont leur valeur. Exiger des ouvrages sur le fonds supérieur, c'est dit-on,

rendre la prescription presque impossible. Quel homme assez entreprenant, assez audacieux, osera pénétrer dans une propriété pour y construire un aqueduc au risque de s'attirer des poursuites devant les tribunaux de police et de voir tout au moins son voisin s'approprier le fruit de son labeur (article 552, 553). Enfin il convient d'observer que, dans les pays plats, la chute, ne pouvant être prise qu'à une assez grande distance de la source, sera rarement pratiquée sur le terrain où les eaux jaillissent, que les ouvrages destinés à utiliser la force motrice ou à irriguer les terres se trouveront, dans ce cas, reportés loin des confins des deux héritages. N'est-il pas raisonnable de penser que le législateur, en prévision d'une situation qui se rencontre communément a fait fléchir la rigueur des principes et décidé que tout ouvrage, propre à accuser nettement la volonté de son auteur, est susceptible de servir de base à la prescription en quelque lieu qu'il soit situé (1).

Deuxième système. — Des ouvrages sur le fonds supérieur sont indispensables.

Le procès-verbal des séances du Conseil d'État et du Tribunat semble indiquer que ces deux corps étaient acquis à l'idée que des ouvrages pratiqués sur le fonds inférieur devaient suffire, mais il

(1) Aubry et Rau, III, § 244. — Pardessus, I, 401. — Curasson, I, n° 57. — Laurent, VII, 203.

reste à savoir si cette opinion a été convertie en loi.

Or le texte de l'art. 642 « la loi vivante et obligatoire » ne porte, en aucune manière, le reflet de cette consécration.

Qu'entendre en effet, par ces mots « ouvrages destinés à faciliter la chute de l'eau » ; ce n'est point à coup sûr, les moulins, les usines à l'aide desquels on tire parti du cours d'eau. La loi vise évidemment les ouvrages pratiqués sur la bordure des héritages pour aplanir les obstacles qui peuvent s'opposer au passage de l'eau d'un fonds dans un autre. Par exemple le fonds supérieur est limité par une levée de terre, une haie épaisse ; une ouverture est faite à la pioche ou à la serpe dans la levée, dans la haie, et l'eau qui s'épandait çà et là sans utilité afflue au point où il convient au propriétaire inférieur de lui donner accès. Voilà bien des ouvrages qui rentrent dans les termes de l'art. 642 et qui offrent ce caractère essentiel à tout agissement tendant à la prescription, d'être attentatoires à la propriété d'autrui ; car le fonds supérieur est entamé. J'ajoute que l'usurpation n'est pas tellement gênante qu'elle ne puisse échapper à la vigilance du propriétaire.

Il est donc démontré que le second système est en parfaite harmonie avec la lettre même de la loi, que ses exigences n'ont, pratiquement, rien de déraisonnable : il ne reste d'autre point d'appui à

l'opinion contraire que l'historique même de notre article.

Or c'est un point d'appui bien fragile que « la pâle analyse résumée par Locfé et Fenet dont les conclusions révèlent plutôt la pensée de ces compilateurs que celle du Tribunat lui-même(1). » Un de nos adversaires et des plus éminents, M. Pardessus, déclare lui-même, de bonne foi, que l'autorité qui s'attache aux travaux préparatoires est tout au moins discutable. « Il faut l'avouer, la question n'est pas présentée dans le discours de l'orateur du gouvernement et de l'orateur du Tribunat aussi nettement que dans les observations transcrites ci-dessus. » Et plus loin «... toutefois nous en convenons, le procès-verbal n'est qu'une autorité ; ce n'est pas un texte de loi et, quoique dans l'interprétation du Code, il soit d'un grand poids pour en deviner le sens ce n'est qu'une opinion susceptible d'être combattue(2). »

Après avoir réfuté un à un les arguments qu'on leur oppose, les partisans du second système raisonnent ainsi : admettre que des ouvrages faits sur le fonds inférieur puissent servir de base à la prescription serait déroger aux principes les plus élémentaires en matière de prescription. Il faudrait que cette exception fût écrite en toutes lettres

(1) Wodon, III, 582.

(2) Pardessus, *des servit.*, II, note c.

dans la loi pour que nous fussions autorisés à lui donner créance; car les exceptions ne se présument point. » L'art. 642 est, ainsi qu'il été démontré ci-dessus, susceptible d'une tout autre interprétation. Pour prescrire, il faut posséder le bien d'autrui, empiéter sur ses droits. Or le propriétaire inférieur qui, pour tirer un heureux parti du ruisseau, fait chez lui tels travaux appropriés à ses dessins, agit bien *jure dominii* et non pas *jure servitutis*; il profite des avantages que la disposition des lieux lui assure, sans froisser son voisin, sans que l'accomplissement des ouvrages, de quelque nature qu'ils soient, puissent porter ombrage au voisin le plus jaloux de ses prérogatives. Il n'y a pas, en un mot, trouble possessoire ni matière à complainte ou dénonciation de nouvel œuvre. Une action possessoire dirigée par le propriétaire supérieur serait un non-sens. Il en est de même de toute action en justice intentée par lui pour interrompre le cours de la prétendue prescription. Ainsi impossibilité de s'opposer au cours de la prescription, à supposer qu'elle puisse résulter de travaux faits sur le fonds inférieur, telle est l'objection capitale, la pierre d'achoppement contre laquelle vient se heurter le système contraire. A cela MM. Aubry et Rau répondent que « le propriétaire de la source peut se prémunir par une interpellation adressée à l'auteur des travaux et au moyen d'une action en justice si ce dernier ne

consent pas sur cette interpellation à reconnaître la précarité de la jouissance ». MM. Aubry et Rau n'ont pas réfléchi que la jouissance des eaux n'est pas toujours un don volontairement fait au propriétaire inférieur. La configuration du sol, l'imperméabilité du terrain ont pu empêcher le maître de la source de l'absorber, de lui donner une autre issue.

Ne serait-il pas étrange que le propriétaire inférieur s'entendit, par voix de justice, déclarer redevable envers son voisin d'une tolérance qu'il n'a pas dépendu de ce dernier de lui refuser. D'autres estiment qu'une simple protestation par acte extra-judiciaire suffirait pour arrêter la prescription. Non, certes, car la loi a énuméré limitativement les actes qui ont cet effet, et la simple sommation est demeurée en dehors de son énumération.

Appelé à prendre parti, après tant d'autres dans une controverse où tout a été dit, je n'hésite pas à me rallier au second système qui, sans faire violence au texte, maintient dans leur intégrité, les principes en matière de prescription. La Cour suprême a sanctionné ce système qui a d'ailleurs pour lui dans la doctrine d'imposantes autorités (1).

Il faut, pour que la prescription puisse courir,

(1) Henrion de Pansey, *Compét. des Juges de paix*, XXVI, § 4, n° 1. — Duranton, tome V, n° 181. — Demolombe, XI, 79.

que des travaux destinés à capter les eaux soient entrepris sur le fonds supérieur. Sans toute autre forme, une défense faite par exploit d'huissier, notamment, la contradiction opposée à l'exercice du droit du propriétaire de la source n'aurait point cet effet. Car l'art. 642 requiert formellement des ouvrages apparents.

Quand la jouissance des eaux est fondée sur un titre, l'existence de travaux apparents cesse alors d'être nécessaire pour rendre la possession utile et par conséquent capable d'engendrer la complainte. Il suffit au propriétaire inférieur d'établir en fait qu'il a la possession paisible depuis plus d'une année des eaux de la source, et de produire le titre qui prouve que l'usage a eu lieu *animo domini* et non d'une manière précaire : la loi que le propriétaire de la source s'est faite d'abandonner à son voisin la jouissance des eaux s'explique par l'engagement qu'il a contracté envers lui : il est gêné dans sa liberté d'action, il y a place pour l'action possessoire (1).

b. La prescription peut s'accomplir au profit de fonds inférieurs même non contigus à celui où se trouve la source. Sur ce point tout le monde est d'accord et les auteurs qui interprètent l'art. 642 en ce sens que des ouvrages apparents sur l'héri-

(1) Req. 4 février 1829.—Cassat. 17 juillet 1844.—V. Dalloz au mot *Eaux*, 381.

tage inférieur suffisent pour fonder la prescription, refusent au propriétaire plus éloigné le bénéfice de cette interprétation. Comme à mesure qu'on s'éloigne de la source, les ouvrages exécutés sur les domaines que le ruisseau traverse témoignent à un degré moindre de l'intention de prescrire, qu'ils échappent plus facilement à la vigilance du propriétaire de la source, nos adversaires ont eu des scrupules. Ils ont reculé devant les conséquences extrêmes mais logiques de leur système. Ils eussent été plus conséquents avec eux-mêmes en laissant au juge le soin de décider si les ouvrages marquaient ou non d'une façon explicite la volonté du riverain d'user des eaux *jure servitutis*. Telle est la doctrine enseignée par M. Laurent (1).

Étant donné qu'il s'agit dans les art. 641 et 642 d'une véritable prescription et non d'un délai préfix, il faut appliquer les dispositions de l'art. 2252 en ce qui concerne les causes de suspension.

c. La prescription est un fait accompli.

Quel droit le propriétaire inférieur a-t-il acquis sur les eaux de la source? est-ce un droit de pro-

(1) La distinction faite entre les fonds contigus et les fonds non contigus est, au dire de MM. Aubry et Rau, éminemment rationnelle, malheureusement le texte de l'art. 642 ne s'y prête point : il ne comporte pas deux poids et deux mesures, car, ainsi que le fait observer Proudhon, il suffit d'avoir un fonds plus bas pour se dire propriétaire d'un fonds inférieur. Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 38. Laurent, t. VII, n° 204.

priété? est-ce un droit de servitude? On remarquera que l'art. 641 met sur la même ligne le titre et la prescription; il est naturel d'en conclure que les effets des deux modes d'acquérir sont les mêmes. Or la transaction intervenue entre deux voisins relativement à l'usage des eaux a pour résultat, à mon sens, non de transporter la propriété de la source mais seulement de limiter sur les eaux le droit absolu de disposition que le maître de la source tient de la loi. Créer une limitation à l'exercice du droit de propriété c'est constituer une servitude. La source se compose non seulement des eaux qui jaillissent du sol, mais du réservoir naturel où elles s'amassent. Séparer les deux éléments pour asseoir sur le premier, l'onde mouvante et fugitive, un droit de propriété me paraît contraire à la nature des choses.

Suivant M. Laurent, la convention serait impuissante à établir ce droit de superficie. MM. Aubry et Rau enseignent, au contraire, que la convention peut conférer la propriété de la source. L'opinion de M. Laurent me paraît préférable. Mais il est bien entendu que les parties peuvent toujours, en détachant du fonds supérieur le territoire où naît la source, constituer sur celle-ci un véritable droit de propriété. Ordinairement l'arrangement conclu entre les voisins n'a trait qu'à l'usage des eaux et aboutit à l'établissement d'un droit de servitude. La longue possession d'ouvra-

ges destinés à faciliter la chute de l'eau ne saurait avoir des effets plus étendus.

L'aqueduc assure bien à l'usager un débit d'eau plus ou moins considérable, mais ne le constitue pas possesseur de la source même. Pour le devenir, il faudrait qu'il s'en appropriât l'usage exclusif par des travaux tout à fait caractéristiques ; par exemple, en entourant la fontaine d'une palissade, une usurpation aussi audacieuse se produira rarement dans la pratique, et je crois pouvoir affirmer qu'elle est en dehors des prévisions de l'art. 642. Cependant la Cour de cassation a jugé que la propriété des eaux peut s'acquérir par prescription (1).

Les rapports du propriétaire de la source et du propriétaire inférieur se règlent d'après la maxime *tantum præscriptum quantum possessum*. La dimension de la conduite d'eau, l'heure et la durée habituelle de la dérivation donneront la mesure du volume d'eau auquel le propriétaire inférieur est en droit de prétendre. L'excédant demeure à l'entière disposition du propriétaire de la source, qui peut l'appliquer à ses besoins personnels ou en faire l'objet d'une ou plusieurs concessions, à la charge de ne rien entreprendre de contraire aux droits de l'usager.

L'usager peut-il de son côté concéder un droit

(1) Arrêt de rejet, 34 mars 1867 (Dall. 67, 1. 226).

de prise d'eau à un tiers. La négative consacrée par la loi romaine n'est pas moins vraie, en thèse générale dans notre droit (1). En effet, la règle fondamentale en matière de servitude est que la servitude n'est établie que pour un fonds, et que les sacrifices imposés de ce chef au fonds servant se trouvent nécessairement limités aux besoins du fonds dominant. Cependant, si la disposition que l'usager a pu faire des eaux n'aggrave en rien la situation du fonds servant, le propriétaire de la source est sans intérêt et par suite non recevable à critiquer la concession. Mais il y a d'autres intéressés dont les réclamations devront être écoutées. Ce sont les propriétaires plus éloignés, riverains du ruisseau, dont la position vis-à-vis de l'usager est réglée par l'art. 644 du Code civil. La longue possession n'a pas eu pour effet de mettre l'usager au lieu et place du propriétaire de la source, et de lui permettre d'en disposer suivant son bon plaisir; il est mis à l'abri des caprices de son voisin, mais non pas délié vis-à-vis de ses riverains de l'obligation que lui impose l'art. 644, obligation de rendre les eaux à leur cours naturel à la sortie de son héritage.

Les tribunaux appelés à statuer sur la contestation pourront, d'ailleurs, en vertu du pouvoir discrétionnaire que leur donne l'art. 645, tenir

(1) L. 24, Dig. *De servit. præd. rustic.*

compte de l'état de choses consacré par la prescription pour le règlement définitif de l'usage de l'eau entre les divers intéressés.

SECTION III.

RESTRICTION IMPOSÉE PAR LA LOI A LA PROPRIÉTÉ DES EAUX DE SOURCE DANS UN INTÉRÊT PUBLIC. — DROIT DES HABITANTS D'UNE COMMUNE.

Le droit de disposition absolue du propriétaire de la source reçoit, dans l'intérêt public, une importante restriction. « Le propriétaire de la source, dispose l'art. 643, ne peut en changer le cours lorsqu'il fournit aux habitants d'une commune l'eau qui lui est nécessaire; mais si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire de la source peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts. » Nous sommes en présence d'une espèce d'expropriation pour cause d'utilité publique : l'intérêt particulier fléchit devant l'intérêt général, mais, en retour, reçoit un dédommagement. Il y a cependant plusieurs différences entre l'expropriation pour cause d'utilité publique et la servitude établie par l'art. 643. L'expropriation ordinaire, après une tentative d'arrangement amiable entre les propriétaires et l'État, donne lieu à une instance judiciaire où les tribunaux ont le dernier mot. Ici la servitude procède directement de la loi : elle

existe de plein droit. L'expropriation est fondée seulement sur l'utilité publique, tandis que la servitude de l'art. 643 suppose que l'eau est nécessaire aux habitants de la commune.

§ 1^{er}.

De la servitude établie par l'article 643.

Avant de soulever les questions possessoires, déterminons rapidement le domaine de l'art. 643.

A quelles eaux s'applique l'art. 643 ? aux eaux jaillissantes et courantes ; celles qui n'ont point de cours, comme les eaux de puits, citerne, mare ou étang échappent à cette disposition. La loi défend au propriétaire d'une source qui alimente une fontaine communale de détourner le cours de l'eau, mais elle n'autorise point les habitants à pénétrer dans une propriété privée pour y puiser de l'eau ou mener leurs troupeaux à l'abreuvoir. Ce serait élargir l'art. 643 qui est de droit étroit. Enfin, l'art. 643 touche le maître de l'héritage où naît la source et non pas les propriétaires voisins dont les fonds recèlent les veines alimentaires de la source. Ceux-ci peuvent faire telles fouilles qu'ils jugent à propos d'exécuter, alors même qu'elles auraient pour résultat de tarir une fontaine communale. La Cour de cassation a jugé plusieurs fois en ce sens. On se récrie contre une doctrine qui rend presque inutile la protection

accordée aux communes par l'art. 643. J'avoue que la loi aurait été mieux avisée en étendant plus loin ses prohibitions, mais il n'appartient pas à l'interprète, même dans le but le plus louable, de se substituer au législateur (1).

Pour que les habitants d'une commune puissent revendiquer le bénéfice de l'art. 643, il faut que les eaux leur soient nécessaires. Il ne suffirait pas que la proximité du ruisseau, la fraîcheur ou la pureté de ses eaux en rendissent l'usage plus facile ou plus agréable. La nécessité est la condition *sine qua non* de la servitude. On comprendrait difficilement qu'un propriétaire fût dépouillé de ses droits pour la seule commodité d'un groupe de particuliers peut-être fort restreint.

Qui peut se prévaloir de l'art. 643 ? La loi nous dit : les habitants d'une commune, village, hameau. Si nous nous trouvons en présence non d'une collection d'habitants, mais d'une ou de plusieurs maisons isolées, nous devons écarter l'application de l'art. 643. Car l'intérêt individuel, et non l'intérêt général qui peut motiver l'expropriation partielle du propriétaire de la source, est ici en jeu.

J'ai dit que l'eau devait être nécessaire, mais de quelle nécessité s'agit-il ? l'art. 643 doit être

(1) C. rej. 29 nov. 1830, D. 1830. 1. 396. — Cass. 28 mai 1872, Sir. 721-217.

expliqué en ce sens que l'eau doit être jugée indispensable à la consommation personnelle des habitants, à celle de leur bétail, en un mot aux besoins domestiques. Mais les habitants se réclameraient vainement de l'art. 643 pour assurer la marche d'une usine, l'irrigation de prairies, l'exploitation d'établissements thermaux, encore que prairies, usines, bains fussent un élément important de la richesse locale.

§ 2.

Les habitants ont l'action possessoire pour se faire maintenir dans la jouissance de la source. — Quels faits peuvent motiver la plainte ? — Quelles personnes ont qualité pour l'intenter ? — De l'office du juge.

La servitude légale de l'art. 643 peut être de la part des habitants l'objet d'une action possessoire. On est généralement d'accord sur ce point et je ne connais guère que M. Carou qui ait songé à élever quelques doutes (il s'est rétracté depuis). Voici en quels termes raisonnait M. Carou : « Si le droit de se servir de l'eau de source jaillissant dans un fonds particulier naît à l'instant même où l'utilité publique est reconnue, si pour acquérir ce droit il n'est pas besoin de l'avoir possédé d'avance, si d'autre part le droit ne peut exister qu'autant que la nécessité d'une communauté d'habi-

tants est constatée, un pareil droit ne peut se régler que par l'action pétitoire. »

Ainsi, d'après M. Carou, les habitants d'une commune seraient privés de la faculté de recourir à la juridiction plus expéditive et moins dispendieuse des juges de paix parce que leur droit sur la source s'impose avec une dernière évidence, indépendamment de tout exercice de fait. Cette doctrine, à la supposer exacte en droit, aurait pratiquement des résultats fâcheux, puisque pour bénéficier d'une disposition toute de faveur, les habitants seraient obligés de renoncer à la juridiction si avantageuse du juge de paix. On ne voit pas, d'ailleurs, pourquoi l'action possessoire ne serait pas recevable. Les habitants se servent journellement de l'eau pour leurs besoins domestiques, voilà pour l'élément matériel de la possession. D'autre part, le juge constate que l'eau est nécessaire à la communauté; la jouissance des habitants procédant de l'autorisation expresse de la loi, apparaît comme exempte de vice de précarité. Le juge de paix argumente de la loi pour apprécier le caractère de la possession, comme il peut argumenter d'un titre aux mêmes fins. La mission du juge de paix dans le litige possessoire entre la commune et le propriétaire de la source est peu complexe; elle se réduit à statuer sur la nécessité. Le point étant vérifié, la plainte formée par les habitants doit être toujours reconnue admissible,

car une possession contraire ne peut pas infirmer la servitude légale, laquelle est d'ordre public (1).

On a contesté à un autre point de vue aux habitants le droit de former l'action possessoire. On a dit que le droit établi par l'art. 643 était comparable à un droit de servitude discontinue de puisage et par conséquent, non susceptible de produire l'action possessoire. Dans l'affaire soumise à la Chambre des requêtes le 16 janvier 1849, le demandeur faisait valoir à l'appui de son pourvoi des considérations de cette nature ; le raisonnement ne fut pas goûté. Il s'agissait d'un abreuvoir auquel les habitants d'un hameau appelé La Bergerie conduisaient leurs bestiaux. La construction d'un mur par le sieur Lohmeyer mit l'abreuvoir à sec. Les habitants eurent gain de cause au possessoire. Pourvoi du sieur Lohmeyer qui opposait à ses adversaires une fin de non recevoir tirée de ce que la servitude prétendue n'était, en raison de sa discontinuité, susceptible ni de possession ni de prescription. M. le conseiller rapporteur Mesnard fit observer « qu'il ne s'agissait pas dans l'espèce d'une servitude discontinue mais d'une servitude légale qui, comme la servitude de passage pour cause d'enclave, peut donner lieu à l'exercice des actions possessoires (2). »

(1) Carré, *Just. de paix*, n° 1489. — Curasson, II, p. 329.

(2) Req. 15 janvier 1849, (D. 49. 1. 57).

La distinction des servitudes en continues et discontinues est étrangère aux servitudes légales. Si la possession des servitudes discontinues est frappée de stérilité, c'est en raison de la présomption de précarité qui s'attache à elle. Mais la présomption tombe quand le complainant produit un titre qui colore sa possession. Or, en matière de servitude légale, l'enclave ou la nécessité communale vaut titre et titre des plus énergiques puisqu'il puise toute sa force dans la volonté même de la loi.

La jurisprudence d'accord avec la doctrine met cette condition à l'exercice de la complainte de la part des habitants, que ceux-ci aient depuis plus d'une année usé des eaux de source conformément aux principes généraux en matière d'actions possessoires. Cependant M. Wodon fidèle à sa théorie du possessoire en fait de servitude légale, critique en ces termes l'opinion couramment admise. « L'article 643 crée d'une part une limite légale à la propriété de la source, et d'autre part un privilège ou droit de voisinage appartenant au territoire de la commune, droit que cette dernière exerce par ses habitants et à titre de propriété en cas de nécessité..... l'art. 643 n'est donc pas comme le pensent la doctrine et la jurisprudence, une servitude créée par la loi au profit de la commune et qui aurait besoin d'avoir été mani-

festée spécialement pour être possédée (1). »

Nous devons savoir gré à M. Wodon d'avoir cherché à définir le privilège accordé à la commune par l'art. 643, d'avoir voulu nous en donner une formule rationnelle, scientifique, mais nous nous garderons de suivre dans ses savantes mais hasardeuses déductions l'éminent magistrat.

« La servitude créée au profit de la commune, dit M. Wodon, n'a pas besoin d'être spécialement manifestée pour être possédée. » Cette conclusion est évidemment inadmissible. Il est indispensable que la servitude soit exercée et fréquemment exercée. La réitération des actes d'usage démontre la nécessité. Ne trouverait-on pas étrange que des habitants réclamaient la paisible jouissance d'une source dont ils ne peuvent, disent-ils, se passer, et qui cependant ne reçoit jamais ou fort rarement leur visite.

Mon opinion est que le droit contenu dans l'art. 643 est, non pas à proprement parler une servitude existant au profit de la commune comme personne morale, mais un droit d'usage réel, analogue aux droits de parcours et de vaine pâture, reconnu par la loi au profit du territoire de la commune, susceptible d'une possession distincte de la part des habitants et donnant

(1) Wodon, III, 587.

lieu, quand la possession est plus qu'annale, à l'action possessoire (1).

Quels faits peuvent motiver la plainte? Autorise la plainte : le détournement partiel ou total de l'eau alors même qu'il constitue l'exercice d'une faculté inhérente au droit de propriété, par exemple la faculté de se clore. Ainsi jugé par la Chambre des requêtes le 19 décembre 1854 (2). Le propriétaire qui veut interdire d'une manière permanente aux habitants l'accès de son héritage (droit qui ne lui est pas contesté) devra l'entourer d'une clôture à claire-voie ou d'un mur offrant une brèche suffisante pour laisser passer les eaux. La décision de la Chambre des requêtes qui assimile à un détournement le fait d'intercepter la source au moyen d'une clôture est-elle à l'abri de la critique? ne contrevient-elle pas à l'art. 647, aux termes duquel tout propriétaire peut clore son héritage sauf l'exception portée en l'art. 682.

Au principe suivant lequel tout propriétaire peut se clore, la loi n'indique qu'une seule exception, celle qui résulte de l'enclave (art. 682). Donc dans la pensée du législateur la servitude légale de l'art. 643 n'est pas un obstacle à la clôture du fonds où se trouve la source. Qu'on n'allègue pas un oubli de la part des rédacteurs du Code. La

(1) Cass. 26 juillet 1836. — Dall. v^o *Act. poss.*, n^o 759.

(2) Req. 19 déc. 1854 (D. 55. 1. 73).

proximité de l'art. 643 ne permet pas de supposer qu'il ait été perdu de vue et qu'on ait, par inadvertance, omis de le ranger au nombre des exceptions au principe posé par l'art. 647.

L'objection est spécieuse mais ne résiste point à un examen attentif. L'art. 647 consacre définitivement le principe formulé dans la loi du 28 septembre 1791, à savoir que le droit de clore et de déclore les héritages résulte essentiellement du droit de propriété (art. 4).... que le droit de parcours et de vaine pâture ne pourra, en aucun cas, empêcher les propriétaires de clore leurs héritages.

On considérerait comme contraire à l'ordre public la convention ou l'usage qui interdit à tout jamais à un propriétaire la faculté de se clore, mais on n'a pas entendu refuser à un propriétaire le droit de constituer telle servitude qui modifiât dans son mode, dans sa forme, l'exercice de cette faculté.

Il n'est pas douteux, par exemple, que le maître d'un héritage grevé d'une servitude de vue doive donner à son mur une hauteur telle que les vues de son voisin ne soient ni masquées ni gênées. De même, l'obligation de laisser couler une source alimentant une fontaine communale mettra le propriétaire dans la nécessité de réserver au pied du mur une ouverture pour le passage des eaux. Les rédacteurs de l'art. 647 n'ont pas cru devoir faire mention des restrictions apportées par ces servitudes aux droits du propriétaire, parce

qu'elles ne font pas obstacle à la clôture absolue de l'héritage, mais il lui a paru utile de s'expliquer sur l'art. 682, parce que le passage à livrer au maître du fonds enclavé et à ses charrois exigeant une solution de continuité dans la clôture, pouvait paraître avoir le caractère d'une véritable exception (1).

Reconnaissons donc que la Chambre des requêtes n'a pas violé l'art. 647 et a pu taxer de trouble possessoire le fait d'intercepter au moyen d'une clôture les eaux d'une fontaine communale.

J'ai peu de choses à ajouter sur l'office du juge. Le magistrat s'attachera avant tout à constater la nécessité. En procédant à cette vérification préalable, le juge ne cumule pas le possessoire et le pétitoire. Quant à la question d'indemnité, elle doit être vidée par le tribunal civil, soit qu'il s'agisse d'apprécier si le dédommagement est encore dû, soit qu'il s'agisse d'en fixer le montant.

Qui a qualité pour intenter la plainte? la commune, par l'organe du maire, son mandataire légal. En principe, les habitants ne peuvent agir en leur nom personnel, car si la commune possède par leur intermédiaire, ils ne sont pas eux-mêmes mandataires de la commune. Toutefois, par exception à la règle que nul en France ne plaide par procureur, chaque habitant a le droit, moyennant

(1) Aubry et Rau, tome II, p. 176. — Pardessus, I. 234.

l'autorisation du Conseil de préfecture, d'exercer à ses risques et périls les actions appartenant à la commune (L. 18 juillet 1837, art. 49).

Tout intéressé pourra donc citer devant le juge de paix le propriétaire de la source qui tenterait d'éluder les prohibitions de l'art. 643 (1).

§ 3.

La prescription dont il est parlé dans l'art. 643 est-elle une prescription acquisitive ou une prescription libératoire ?

La possession annale autorise la communauté d'habitants à former la complainte pour ramener le propriétaire de la source au respect de ses droits ; la possession trentenaire aura-t-elle un effet plus absolu encore, par exemple celui de libérer les habitants du paiement de l'indemnité ? A prendre l'art. 643 au pied de la lettre, on est tenté de croire que le texte attache effectivement ce résultat à la possession prolongée ou prescription acquisitive.

Lisons l'art. 643 *in fine*..... « mais si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts. »

La pensée de la loi parait être à première vue

(1) Cass. 1^{er} février 1870. — Dall. 70. 1. 232.

celle-ci : le propriétaire a droit à une indemnité ; toutefois, cette indemnité cesse d'être due si les habitants ont acquis l'usage des eaux par titre ou prescription, autrement dit si le propriétaire a renoncé à son droit absolu de propriété expressément en vertu d'une convention, tacitement en tolérant pendant de longues années la jouissance des habitants.

A l'opinion d'après laquelle il s'agirait dans l'art. 643 d'une prescription acquisitive, on a fait une objection décisive. Si la loi attribue directement aux habitants sous condition d'indemnité, l'usage des eaux, comment pourrait-il être question pour eux de prescrire ce droit ? La servitude existe de plein droit. Il est évident que la seule prescription possible est, non pas la prescription acquisitive, mais la prescription libératoire de l'indemnité. Du moment que la communauté d'habitants a joui pendant trente ans des eaux de la source, le propriétaire est déchu du droit de réclamer l'indemnité. Le cours de la prescription n'a pas dans cette hypothèse, comme dans celle dont s'occupe l'art. 642, pour point de départ la construction de travaux apparents.

Ainsi raisonnent MM. Demolombe, Aubry et Rau, et à leur suite nombre d'auteurs : raisonnement fort satisfaisant en lui-même, mais qui a le tort de traiter un peu cavalièrement le texte qui

est formel (1). Est-il impossible de trouver une explication qui soit plus en harmonie avec les termes de l'art. 643. La tentative a été faite par M. Valette; résumons brièvement le système du savant professeur:

C'est une erreur de croire que les habitants aient droit à l'usage de la source, par cela seul que les eaux leur sont nécessaires. Il faut qu'ils revendiquent expressément ce droit; le propriétaire est tenu d'ailleurs de leur en faire abandon moyennant indemnité. En dernière analyse, le privilège de la communauté se résout en la faculté d'imposer une expropriation. Si les habitants ne notifient pas au propriétaire de la source l'intention où ils sont de profiter du bénéfice de la loi, l'usage qu'ils feront des eaux est un fait de pure tolérance qui ne saurait, de quelque durée qu'il soit, leur conférer aucun droit.

Mais ils ne peuvent imprimer à leur possession un caractère utile en exécutant des travaux apparents qui accusent nettement leur dessein d'accaparer les eaux à titre de servitude active; ils se ménagent ainsi de longue main la possibilité d'invoquer plus tard la prescription dans les termes de l'art. 642. C'est à l'éventualité de cette prescription acquisitive que fait allusion l'art. 643.

(1) Demolombe, XI, 98. — Aubry et Rau, III, p. 42. — Duranton, V., 189.

En résumé, dans le système préconisé par M. Valette, trois hypothèses peuvent se produire :

1^o Les habitants font des offres pécuniaires au propriétaire pour obtenir en retour l'usage paisible et incontesté de la source. Les offres sont agréées ou bien, s'il y a désaccord, le montant en est arbitré sur rapport d'experts par le tribunal. L'expropriation a lieu; une créance d'indemnité naît au profit du propriétaire, elle se prescrit par trente ans.

2^o Les habitants jouissent des eaux sans émettre aucune prétention sur la source, sans faire des offres au propriétaire par lequel ils ne sont pas d'ailleurs inquiétés. L'usage est le fait d'une simple tolérance de la part du propriétaire, il ne peut servir de base à la prescription.

3^o Les habitants font des ouvrages apparents qui amènent l'eau dans les fontaines communales. Le propriétaire mis en demeure de faire valoir ses droits n'agit point. Trente ans après l'achèvement des travaux, la prescription s'accomplit. La communauté acquiert un droit d'usage dont l'étendue ne sera pas rigoureusement adéquate aux besoins de ses membres mais sera proportionnée aux services qu'elle aura demandés jusqu'à ce jour au cours d'eau (*tantum præscriptum, quantum possessum*). La communauté n'aura point à faire preuve de la nécessité et

ne sera redevable d'aucune indemnité (1).

L'explication est ingénieuse, elle respecte la lettre même de l'art. 643, mieux que le système auquel nous adhérons, mais je doute qu'elle reflète la véritable pensée des rédacteurs du Code. M. Valette nous parle d'offres, d'arrangements amiables, de décision judiciaire consommant l'expropriation : tout cela n'est point dans l'art. 643. Il s'agit ici d'une servitude légale qui existe *ipso jure* du moment que l'eau est nécessaire à la communauté, sans les préliminaires auxquels l'esprit inventif de l'honorable professeur a voulu la subordonner.

L'indemnité s'évaluera non pas d'après le profit que les habitants retirent de la jouissance des eaux, mais d'après le dommage que le propriétaire de la source éprouve de ce chef.

(1) Mourlon, tome I, p. 757, d'après Valette.

APPENDICE.

EAUX SALÉES.

Comme toute autre source ordinaire, la source d'eau salée appartient au propriétaire du fonds dans lequel elle prend naissance. La nécessité de se conformer pour l'exploitation aux règlements administratifs ne prive pas les particuliers de la faculté de recourir aux juridictions de droit commun quand leurs droits sont méconnus. Ainsi l'action possessoire est recevable en cas de trouble à la possession quel que soit l'auteur du trouble, fût-ce une commune.

Le doute n'est pas possible et on peut s'étonner que M. Carré ait cru nécessaire, en formulant la règle, d'aller lui chercher un appui dans un texte peu connu, le décret du 16 juin 1808. Ce décret décide, en termes formels, sans distinguer la nature des eaux, qu'une action possessoire relative à une fontaine est dévolue au juge de paix et non à l'autorité administrative, encore qu'une commune y fût intéressée.

On se rend compte toutefois de la préoccupation de M. Carré quand on connaît l'espèce à propos de laquelle le jurisconsulte fut amené à s'expli-

quer sur la possession des sources d'eau salée.

En 1820, une contestation éclata entre la commune de Sallies et un particulier qui prétendait être maintenu en jouissance d'un compte d'eau salée et des revenus afférents. Voici les causes du conflit. La commune était propriétaire d'une source d'eau salée dont les eaux sont distribuées en nature comme les coupes affouagères d'un bois communal, ou dont l'exploitation est affermée et le prix du fermage réparti entre les personnes domiciliées dans la commune. Par ordre de la municipalité, un des comuniers fut privé de sa part habituelle. Suivant M. Guichard, l'habitant qui jouissait depuis un an et un jour des avantages attachés à cette qualité, pouvait agir au possessoire contre la municipalité.

L'opinion de M. Guichard n'est pas exacte. Le comunier n'est pas propriétaire par indivis des biens communaux : il n'est pas titulaire d'un droit réel qu'il puisse opposer à la commune, et la preuve en est que ces biens seront loués ou affermés sans que la mesure soit soumise à son agrément. Partant, sa jouissance est toute précaire : elle ne peut fonder ni possession ni prescription. Les règlements qui délèguent tout ou partie des revenus d'une source d'eau salée aux habitants, confèrent à ceux-ci un droit purement personnel et mobilier, et la seule action ouverte au profit de qui aurait été indûment rayé du rôle des distribu-

tions, est une action personnelle contre les administrateurs à l'effet d'être admis au partage des revenus.

Par les motifs développés ci-dessus, la Cour suprême a décidé, dans l'affaire de la fontaine de Sallies, que la plainte n'était pas recevable de la part du particulier qui se dit indûment exclu du compte d'eau salée (Cass., 7 juin 1820, Sir. 1820, 1, 269).

M. Carré, en rapportant l'arrêt, fait observer que la compétence du juge de paix a été avec raison écartée, parce que dans l'espèce, l'action portée devant lui était non une action possessoire, mais une action personnelle, *mandati directa*; il ajoute que, d'ailleurs, lorsqu'un particulier se présente comme possédant privativement une source d'eau salée et non comme comunier ou part prenant, la plainte est, à n'en pas douter, recevable de sa part contre la commune. C'est à ce propos qu'il invoque le décret du 16 juin 1808.

DES EAUX MINÉRALES.

En règle générale, les questions de propriété et de possession soulevées à l'occasion des eaux thermales et minérales sont réglées par le droit commun. On conçoit très bien que la nature des eaux, leur température, leurs vertus curatives demeurent

sans influence sur les effets inhérents à la possession. Les jurisconsultes romains ont pu, il est vrai, agiter le point de savoir si l'interdit *de aqua cottidiana* s'ouvrait au profit du particulier qui dérivait par un aqueduc une source d'eaux chaudes (*aquæ calidæ*). Cela tient aux procédés en usage à Rome pour protéger la possession. L'autorité publique représentée par le préteur prenait sous sa tutelle une catégorie de faits qui lui semblaient particulièrement dignes d'intérêt. Le magistrat rendait un interdit qui formait une loi spéciale de garantie pour tels ou tels faits déterminés, ainsi l'usage des chemins, l'usage des eaux. Tout ce qui n'était point compris dans les termes de l'interdit restait en dehors de la protection du préteur. L'interdit *de aqua cottidiana et æstiva* ayant été émis en vue de favoriser l'irrigation, les Prudents, en interprètes consciencieux, pouvaient hésiter à étendre aux eaux thermales le bénéfice de ses dispositions. La théorie des actions possessoires est, en droit français, jetée sur des bases plus larges. La possession de toutes choses *in commercio* est, d'une manière générale, placée sous la sauvegarde des lois. Nous n'avons pas à ruser avec un texte pour assurer un effet utile à la possession des eaux thermales.

Le juge de paix est dans les termes du droit commun, compétent pour connaître de l'action possessoire formée au sujet d'eaux minérales,

quelles que soient les parties en cause. J'insiste sur la fin de la phrase, parce que si le litige naît entre l'Etat et une commune et que le fond du droit est mis en question, la connaissance de l'affaire est enlevée à l'autorité judiciaire et attribuée au Conseil de préfecture (Arrêté du 6 nivôse an VIII). « Seront au surplus les droits de propriété des communes sur les sources minérales discutés et réglés en cas de contestation des communes avec l'Etat par devant le conseil de préfecture. »

L'arrêté consulaire dérogeant au droit commun doit être interprété restrictivement; il ne parle que des questions de propriété. Donc, le possesseur demeure dans le domaine de l'autorité judiciaire (1).

Nous avons vu que le propriétaire d'une source dispose de l'action possessoire pour réprimer les agissements d'un voisin entreprenant qui chercherait à venir capter les eaux dans le fonds même où elles jaillissent, mais que le même particulier est sans défense contre les travaux de terrassement entrepris par un propriétaire supérieur dans le but d'intercepter le cours souterrain des eaux. La servitude *non fodiendi* est de celles qui, en raison de leur caractère négatif, ne sont pas susceptibles de s'acquérir par prescription.

La seule ressource est d'entrer en arrangement avec le voisin.

(1) Carou, n° 252.

Depuis le décret du 8 mars 1848 et surtout depuis la loi du 14 juillet 1856, la convention n'est plus le seul expédient auquel un propriétaire d'eaux minérales puisse demander la sécurité de son exploitation. Aux termes de cette loi, les sources d'eaux minérales peuvent être déclarées d'utilité publique par un décret rendu en Conseil d'Etat. Dans un certain rayon autour des sources, appelé périmètre de protection, il est interdit de pratiquer aucun sondage, aucun travail souterrain. Tous autres travaux à ciel ouvert pourront être effectués moyennant une déclaration préalable à la préfecture.

L'innovation de la loi est d'imposer à la propriété dans le voisinage des sources minérales investies du caractère public, une servitude qui consiste dans l'obligation pour les propriétaires de s'abstenir de certains travaux sur leurs héritages.

Ainsi que nous avons eu déjà occasion de l'établir pour d'autres servitudes légales, le propriétaire de la source reconnue d'utilité publique aura la faculté de recourir aux voies possessoires pour faire respecter la situation qui lui est faite par la déclaration d'utilité publique. Des fouilles sont pratiquées chez le voisin, il est en possession légale du droit de ne les point souffrir. La complainte lui est ouverte pour faire ordonner la suspension des travaux par le juge de paix. Un an

après l'achèvement des travaux, le propriétaire de la source est-il déchu du droit d'agir au possessoire? A première vue, il semblerait qu'il faut répondre affirmativement, car l'action possessoire doit être exercée dans l'année du trouble (art. 23, C. pr.). Mais ne pourrait-on pas dire, dans le sens de la négative, que le trouble possessoire se renouvelle sans cesse par la privation permanente des eaux infligée au propriétaire de la source et que ce dernier ne peut se voir opposer de possession contraire à la sienne, par la raison que les agissements de son voisin tendant à éluder des prohibitions dictées dans un intérêt supérieur ne peuvent engendrer une possession utile. On ne prescrit point contre l'ordre public.

Le propriétaire des eaux minérales a un autre moyen non moins énergique de mettre un terme aux travaux illicites exécutés dans le périmètre de protection. C'est de les dénoncer à l'autorité préfectorale. Les contraventions seront constatées par les procès-verbaux des agents de l'administration et punies d'une amende de 16 francs à 100 francs.

Quand les travaux ont été entrepris soit en vertu d'une autorisation régulière, soit après une déclaration préalable, il ne peut être question, quelque préjudiciables qu'ils soient pour l'établissement thermal, de recourir à l'autorité judiciaire. Car la loi n'a pas été violée. Mais le pro-

priétaire de la source peut obtenir du préfet la suspension des travaux. L'arrêté du préfet est exécutoire par provision, sauf recours au Conseil d'Etat par la voie contentieuse (art. 4, L. 14 juillet 1856).

•

Des eaux pluviales.

Les art. 641 et suivants ne concernent que les eaux vives. Il y avait, quant à la détermination des règles applicables aux eaux pluviales, une lacune que la doctrine et la jurisprudence ont dû se préoccuper de combler. L'accord s'est fait généralement dans le sens d'une extension des principes posés en matière d'eaux de source. Toutefois, de graves dissidences se sont manifestées à l'endroit des questions possessoires. On a dit que les eaux pluviales n'étaient pas susceptibles d'une possession exclusive et privée, qu'elles étaient essentiellement *res nullius*, et sur ces notions erronées, à mon sens, on a échafaudé tout un système qui repousse la prescription d'une manière absolue.

Les eaux pluviales considérées en elles-mêmes, abstractivement sont *res nullius*; elles n'appartiennent à personne, et l'individu qui disposerait au-dessus du voisin un récipient propre à les recueillir, ne se rendrait certainement pas coupable de soustraction frauduleuse; mais, dès qu'elles touchent au sol, elles deviennent par droit d'accession l'apanage de la propriété. Cela ne peut être raisonnablement révoqué en doute, dit M. Pardessus. Et de fait, quoi de plus ration-

nel que cette attribution de propriété. Les eaux pluviales n'ont-elles pas leur destinée physiquement liée au fonds sur lequel le hasard les a jetées. Si le sol est plat, imperméable, elles y séjournent et s'y amassent; si, au contraire, le sol est déclive, léger, spongieux, elles glissent sur les pentes ou filtrent à travers les couches du terrain. La logique veut que ces eaux partagent également la condition juridique du sol. Dès lors, on comprendra aisément pourquoi les auteurs étudient séparément les eaux pluviales qui tombent sur un terrain privé et celles qui coulent sur la voie publique. La méthode est rationnelle, nous l'adoptons.

SECTION PREMIÈRE.

DES EAUX PLUVIALES QUI TOMBENT SUR UN TERRAIN PRIVÉ.

a. Droits du propriétaire du fonds sur lequel tombent les eaux pluviales.— *b.* Les eaux pluviales tombant sur un terrain privé peuvent faire l'objet d'une possession utile au profit du propriétaire inférieur qui les reçoit à l'issue de ce fonds quand ce dernier a fait des travaux apparents pour s'en approprier l'usage.

a. Les eaux pluviales qui tombent directement sur un sol privé appartiennent par droit d'occupation ou plus exactement par droit d'accession, au maître de l'héritage. Cela est admis par tout le monde. Le maître de l'héritage peut en dispo-

ser comme bon lui semble, les retenir, les absorber ou bien les laisser couler sur le fonds inférieur. De son côté, le propriétaire inférieur a sur les eaux pluviales que lui transmet son voisin des droits plus étendus qu'il n'en aurait sur des eaux de source. Tandis qu'il lui est défendu de détourner celles-ci, devenues eaux courantes (art. 644) au préjudice des propriétaires plus éloignés dont elles traversent et bordent les héritages, il peut, sans être arrêté par des considérations de cette nature, disposer des eaux pluviales à son gré. Le cas est embarrassant quand le ruisseau est formé d'eaux pluviales et d'eaux de source : en règle générale, on appliquera au ruisseau le régime des eaux courantes.

b. Charge onéreuse pour la propriété dans les régions humides, l'écoulement des eaux pluviales est, au contraire, dans certaines contrées du midi désolées par la sécheresse, un bienfait inestimable. Des tranchées habilement conduites recueillent les eaux, les dirigent sur la citerne où elles sont emmagasinées pour les longs mois de pénurie. Là, plus que partout ailleurs, se posera la question de savoir si la jouissance des eaux pluviales peut former l'objet de la quasi-possession d'une servitude d'aqueduc au profit du fonds inférieur.

M. Duranton enseigne que les eaux pluviales ne sont pas susceptibles de possession privée, qu'elles sont, par nature, imprescriptibles.

MM. Demolombe et Pardessus combattent cette doctrine et je pense que leur thèse est conforme à la vérité (1).

Il est évident que le propriétaire de l'héritage sur lequel tombent les eaux pluviales peut prendre l'engagement envers ses voisins de ne point en confisquer l'usage. Si la transmission des eaux pluviales peut faire l'objet d'une convention, pourquoi ne pourrait-elle pas s'acquérir par prescription. Sans doute le seul fait d'avoir utilisé les eaux pluviales que le propriétaire supérieur abandonne à la pente naturelle du terrain ne suffirait pas pour fonder la prescription. « Lorsque se prévalant de l'avantage du lieu, le propriétaire supérieur, dit Dunod dans son *Traité de la Prescription*, détourne les eaux vicinales, il n'y a lieu à complainte de la part du propriétaire inférieur qui serait, de temps immémorial, en possession de recevoir les mêmes eaux. (*Opus citat.* Henrion de Pansey, chap. XVI, § 6). Mais si la servitude réclamée par le propriétaire inférieur s'annonce par des ouvrages apparents, s'il s'agit d'une conduite d'eau, si la conduite d'eau vient s'amorcer sur le fonds supérieur, il n'y a aucune raison pour repousser la prescription d'une manière absolue.

(1) Duranton, V, 158. — Demolombe, XI, 107 à 113. — Pardessus, I, 103.

Nous nous trouvons en présence d'une servitude qui réunit tous les caractères exigés par la loi pour être prescriptible : elle est apparente, nous l'avons supposé, elle est continue, car l'art. 688 cite à titre d'exemple de servitudes continues, la conduite d'eau. On objecte, il est vrai, que la possession des eaux pluviales ne saurait avoir ce caractère de continuité parce que leur cours est essentiellement occasionnel, momentané, incertain. On rappelle que, dans la législation romaine, les eaux pluviales et plus généralement celles qui coulaient accidentellement ne pouvaient être l'objet d'une servitude d'aqueduc et bénéficier de la protection des interdits possessoires. Pour s'en convaincre, il suffit de jeter les yeux sur la loi 28 au titre *de servitutibus* (VIII, I) et la loi 1 § 4 au titre *de fonte* (XLIII). « Hoc interdictum de cisterna
« non competit nam cisterna non habet perpe-
« tuam causam nec vivam aquam : ex quo apparet
« in his omnibus exigendum ut viva aqua sit. Cis-
« ternæ autem imbribus concipiuntur... » (L. I, *de fonte*).

M. Wodon s'efforce de prouver que la loi romaine était loin d'être aussi rebelle qu'on a bien voulu le dire à l'idée d'une servitude d'aqueduc s'appliquant aux eaux pluviales (1).

Laissons M. Wodon, en retournant contre lui

(1) Wodon, III, 577. — Troplong, *Prescript.* 147.

le reproche adressé à Troplong, guerroyer inutilement sur les principes du droit romain et bornons-nous à constater que la théorie de la *causa perpetua* étant étrangère à notre législation, la possession des eaux pluviales ne saurait être déclarée inutile à cause de leur intermittence.

On dit encore que la possession des eaux pluviales est toujours fondée sur la tolérance. L'objection n'est pas exacte. Sans doute il se présentera, en fait, telle hypothèse où le juge, étant donnés le peu de valeur et d'utilité des eaux pluviales, le *modus possidendi* des intéressés, devra reconnaître que la jouissance a toujours eu un caractère précaire et équivoque. Mais de là à poser *a priori* la règle que la possession des eaux pluviales est par nature équivoque et précaire, il y a loin. Nous avons envisagé l'hypothèse d'un aqueduc dont la forme extérieure, l'aménagement protestent contre toute idée de tolérance. Construire un aqueduc pour amener les eaux pluviales sur un domaine est une preuve que ces eaux ne sont pas choses à dédaigner. Dans ces conditions, la prise d'eau s'affirme comme un acte de possession fait *animo domini*, et il n'est en aucune façon contraire à la nature des choses, qu'elle serve de point de départ à la prescription.

Le projet de Code rural (art. 121) consacrait implicitement cette doctrine : « Le propriétaire supérieur a droit de profiter des eaux pluviales

avant le propriétaire inférieur et sans que ce dernier puisse y mettre aucun obstacle. Le propriétaire inférieur ne pourra se prévaloir à cet égard d'aucune possession contraire qui ne serait fondée que sur le non-usage du propriétaire supérieur, et ne serait appuyée d'aucun ouvrage apparent fait par lui depuis un temps suffisant pour prescrire. »

Il est non seulement plus juridique mais aussi plus équitable d'admettre la possibilité d'acquérir par prescription un droit d'aqueduc sur les eaux pluviales qui tombent sur le fonds supérieur. Le maître de l'héritage inférieur doit souffrir de par l'art. 641 l'écoulement naturel des eaux ; pourquoi lui refuserait-on, à titre de compensation, la faculté d'intervertir en un droit une position toute passive, quand par un travail intelligent, opiniâtre, il a, au su et vu de tous, tiré un utile parti de ces eaux. La réciprocité des avantages et des charges recommanderait puissamment au législateur la solution que nous proposons d'adopter si elle avait lieu d'être consacrée législativement.

La jurisprudence s'est, après quelques hésitations, prononcée en ce sens que les eaux pluviales tombées sur un sol privé sont susceptibles de possession privée (1). Je cite à titre d'exemple

(1) Colmar, 24 août 1850 (D. 55, 2, 181). — Cass. 12 mai 1858. — Devill. 59, 1, 431. — Colmar, 28 mars 1869 (Dall., 71, 2, 111).

l'arrêt de Colmar de 1869 rendu dans une affaire particulièrement intéressante :

Les demandeurs revendiquaient pour l'irrigation d'un pré les eaux du village et le superflu de celles de la fontaine de Nontreux-Château coulant dans un fossé qui longeait leur héritage. La Cour distingue avec soin les deux variétés d'eaux ; elle tient pour fondée la prétention des demandeurs en ce qui concerne les eaux du village : « Considérant que, par cette expression, on entend désigner ici les eaux pluviales tombées sur les terrains supérieurs du village, que ces eaux n'appartenant à personne sont susceptibles d'appropriation au profit du premier occupant, qu'on peut même dans certaines conditions et à titre de servitude continue et apparente y acquérir un droit par l'effet de la prescription..... » En ce qui concerne les eaux superflues de la fontaine communale, la Cour ajoutait : « Considérant que l'administration amène par une série de tuyaux les eaux d'une source communale jusqu'à cette fontaine destinée aux besoins des habitants, que ces eaux font partie du domaine municipal, qu'en raison même de l'imprescriptibilité de ces eaux les actes d'appropriation qui ont pu avoir lieu de celles momentanément abandonnées comme superflues, n'ont jamais été que des actes de tolérance ne pouvant fonder ni possession ni prescription. »

SECTION II.

DES EAUX PLUVIALES QUI TOMBENT SUR LA VOIE PUBLIQUE.

a. Nature des droits qui compètent aux riverains de la voie publique sur les eaux pluviales. — *b.* Dans quel sens est-il exact de dire que les eaux pluviales coulant sur la voie publique sont imprescriptibles? Distinction à faire à cet égard.

a. Les eaux pluviales qui coulent le long des chemins ne sont la propriété de personne. Tout riverain a le droit de les saisir au passage et de les amener chez lui. Agit-il ainsi en vertu d'un droit propre, par occupation d'une *res nullius* dont l'autorité publique aurait seulement le droit de régler l'usage par mesure de police, ou bien acquiert-il la propriété des eaux en vertu d'une concession tacite de l'administration, ces eaux étant de véritables choses publiques comme accessoires d'un sol public. Entre ces deux théories les auteurs belges, MM. Wodon et Laurent, donnent leur préférence à la dernière. Il serait intéressant d'en fixer la valeur pour apprécier dans quelle mesure l'administration a le droit, dans un règlement local, d'attribuer une préférence à l'un des riverains de la voie publique; mais la question n'a au point de vue qui nous occupe qu'un intérêt secondaire.

Les eaux pluviales coulant sur la voie publique, peuvent-elles former l'objet d'une possession utile entre particuliers? Trois hypothèses sont à distinguer.

Première hypothèse. — Les eaux ont été dérivées par un riverain sur son fonds. Il s'agit de savoir si ces eaux peuvent être l'objet d'une servitude d'aqueduc au profit d'un fonds inférieur, limitrophe ou non de la voie publique. Les auteurs s'accordent en général à reconnaître, quelque caractère qu'ils assignent tout d'abord à ces eaux, qu'en passant dans le domaine privé elles changent de nature juridique (1).

M. Laurent s'exprime en ces termes : « Du moment que les eaux pluviales entrent dans le fonds supérieur, elles deviennent l'objet d'une propriété absolue aussi bien que celles qui tombent directement sur ce fonds. Donc le droit du propriétaire supérieur peut être restreint par la prescription. » De son côté, M. Wodon, fidèle à ses maximes en matière de concessions administratives, enseigne que la jouissance des eaux pluviales, aussi longtemps qu'elles coulent sur la voie publique, est essentiellement précaire, mais les admet au bénéfice de la possession dès qu'elles ont disparu du lieu public.

Cette manière de voir est exacte. Quand l'eau

(1) Demolombe, II, 117. — Laurent, VII, 238.

pluviale quitte le sol public pour le sol privé, elle devient chose privée par voie d'accession. Comme tous autres attributs de la propriété, elle peut être isolée pour devenir l'objet d'un droit de servitude. La prescription aussi bien qu'une convention produira ce résultat. Il n'importe que les émoluments, les avantages sur lesquels peut compter l'usager soient incertains, problématiques, dépendant du caprice de la nature ou du bon vouloir de l'administration. Une carrière de chaux, de sable est susceptible de s'épuiser tout à coup. Et cependant on stipule valablement la servitude *calcis, arenæ fodiendæ*. L'aléa de la jouissance n'est donc point un motif pour ranger les eaux pluviales, comme le fait M. Troplong, au nombre des choses imprescriptibles, et l'argumentation suivante ne me touche pas. « Il n'est pas possible de concevoir, dit le jurisconsulte, un droit de prise d'eau sur des eaux publiques, sur des eaux dont on n'use que comme habitant faisant partie du public et qu'un autre habitant peut anéantir au même titre s'il est premier occupant (1). »

Pris en bloc le raisonnement de M. Troplong n'est pas satisfaisant, parce qu'on ne peut pas dire d'une manière absolue que les eaux pluviales provenant de la voie publique soient, par nature,

(1) Troplong, I, 235. — Voir aussi Proudhon, *Dom. public*, 1335.

rebelles à tout usage privatif; mais je ne fais pas de difficulté pour accorder à ce jurisconsulte que, lorsqu'en fait le riverain a agi comme citoyen, faisant partie du public, la jouissance des eaux apparaît équivoque et précaire et ne peut servir de base ni à l'action possessoire ni à la prescription.

Telle est, dans l'hypothèse que nous allons examiner, le caractère de la possession.

Deuxième hypothèse. — Les eaux sont prises directement sur la voie publique. Quels sont les droits du propriétaire inférieur qui les a dérivées à l'encontre de ses co-riverains? il ne peut leur opposer le seul fait d'avoir usé des eaux avant eux et se prévaloir d'un prétendu droit de préoccupation. Il en serait de même s'il avait, à l'aide de travaux apparents, arrêté et rejeté sur son terrain le cours des eaux pluviales. La possession n'est efficace qu'à la condition de témoigner chez celui qui l'invoque la volonté de restreindre, de confisquer les droits d'autrui. Or les travaux dont il s'agit, l'incision pratiquée dans la berge du chemin, n'impliquent chez leur auteur d'autre dessein que celui d'exercer une faculté qui appartient à tous. Car je ne suppose pas qu'il ait l'intention de prescrire contre le domaine public, contre l'État ou la commune maîtres de disposer des eaux pluviales au profit de tel ou tel particulier (1). »

(1) Aubry et Rau, III, 245, note 5.

Cependant les travaux de dérivation peuvent avoir un caractère plus significatif : ils se prolongent sur la voie publique et vont recueillir les eaux pluviales aux confins même des héritages supérieurs. Ici les agissements du riverain inférieur sont, à l'égard de ses co-riverains nettement agressifs : il n'y a plus place pour l'équivoque. On a bien eu l'intention de ravir à son voisin le profit des eaux pluviales. Dans ces conditions, la conduite d'eau peut-elle s'acquérir par prescription : elle est apparente, continue, exercée *animo domini*, que veut-on de plus ? J'ajoute que le propriétaire supérieur peut renoncer au profit de son voisin à la faculté de détourner les eaux pluviales. Or, en thèse générale, un droit qui s'acquiert par titre peut aussi s'acquérir par prescription.

J'incline à croire cependant que la prescription n'est pas possible. Non pas parce que les eaux pluviales tandis qu'elles fluent sur la voie publique sont *res nullius* d'après les uns, *res publicæ* d'après les autres, mais parce que les travaux ne subsistant que par la tolérance de l'administration n'ont pas ce caractère de fixité, de permanence inséparable de toute possession non équivoque. Le riverain supérieur ne souffre pas pour le moment, car jusqu'alors il n'a pas songé à utiliser les eaux ; il ne subit pas une *diminutio juris* ; donc la prescription ne peut courir contre lui.

M. Curasson a déduit comme nous du caractère des travaux les raisons qui s'opposent, dans notre hypothèse, à la prescription et par suite à l'exercice des actions possessoires. « Quand les travaux dit-il, auraient été établis sur la voie publique celui qui les aurait entrepris ne pourrait pas s'en prévaloir : les rigoles, les saignées faites sur un chemin seraient un délit, une détérioration incapable de constituer une possession utile ni contre la commune ni contre les particuliers (1). »

La Cour de Limoges s'est placée au même point de vue pour déclarer, dans l'affaire qu'elle eut à juger le 22 janvier 1839, la possession des eaux pluviales toute précaire (2).

Espèce. — Le chemin de Puy-Renaud à Benages est bordé par la propriété des sieurs Bonnard et plus bas par celle des sieurs Delor. Les eaux pluviales du chemin étaient dérivées sur le fonds des héritiers Delor au moyen d'une rigole qui venait s'amorcer au-dessus du premier héritage.

Voici les considérants de la Cour « Attendu... que cette jouissance purement précaire n'a pu conférer aux héritiers Delor aucun droit de propriété; que cette jouissance n'a pas changé de caractère par la circonstance que les héritiers Delor ont joui de ces eaux au moyen d'une rigole existante

(1) Curasson, II, 371.

(2) Limoges, Sir, 39, 2, 236.

sur le chemin public et dont l'origine est à un point supérieur de la prairie des héritiers Bonnard..... »

Troisième hypothèse. — Les eaux sont prises sur la voie publique, mais les travaux destinés à les capter entament la propriété d'autrui, la traversent même de part en part pour atteindre la chaussée. Dans cette hypothèse les agissements du propriétaire inférieur dénotent très clairement la volonté de prescrire contre le riverain supérieur; le fait de ce dernier d'avoir souffert chez lui l'établissement d'un aqueduc équivaut à une renonciation tacite du droit d'user des eaux pluviales. Le seul motif plausible pour rejeter la prescription pourrait se déduire du caractère des eaux pluviales, tant qu'elles s'épandent sur la voie publique, elles sont *res nullius*. M. Demolombe tient le motif pour péremptoire et considère la prescription comme tout-à-fait impossible. L'opinion de l'honorable professeur me paraît un peu absolue (1). Oui, il est vrai qu'un riverain ne doit pas être présumé facilement avoir répudié une faculté qui appartient à ses co-riverains, et l'existence d'un aqueduc mené à travers son héritage par un voisin n'implique pas nécessairement abandon de cette faculté.

J'autorise un voisin dont le domaine ne touche

(1) Demolombe, XI, 107 à 113.

pas la voie publique à se mettre à portée des eaux pluviales pour les saisir au passage, mais je ne m'interdis pas la faculté d'user des eaux quand l'occasion s'en présentera. Il appartient au juge de décider, *ex inspectione loci*, si le propriétaire inférieur a manifesté l'intention de se mettre au lieu et place du riverain pour jouir des eaux d'une manière exclusive ou seulement de prendre sur le bord du chemin une situation équivalente à celle d'un riverain inférieur. Dans le premier cas seulement, la jouissance des eaux autorisera l'exercice de l'action possessoire, et la prescription d'un droit d'aqueduc pourra s'accomplir au profit du propriétaire inférieur.

Jugé en ce sens par la Chambre des requêtes le 16 mars 1853. Je rapporte les considérants de cet arrêt parce qu'ils résument en termes fort nets la doctrine à laquelle je m'associe :

« Attendu, dit la Cour, qu'il est constaté que les eaux pluviales recueillies sur le chemin public traversent la terre labourable appartenant au demandeur, dans un canal de maçonnerie débouchant dans la prairie inférieure et se distribuant au moyen de rigoles correspondantes avec l'orifice de l'aqueduc, et que cet état de choses durait depuis plus de trente ans... Attendu que s'agissant d'une servitude d'aqueduc continue et apparente pouvant s'acquérir par prescription, il ne reste plus qu'à rechercher si l'objet auquel elle s'applique

est ou non susceptible d'une possession civile. Attendu que si les eaux pluviales telles que les phénomènes physiques les produisent sont considérées en droit comme *res nullius* et appartenant au premier occupant, il n'en est pas de même quand des travaux intelligents et apparents de l'homme leur ont donné une destination privative, contradictoire des droits du propriétaire supérieur et respectée pendant le temps nécessaire pour prescrire (1). »

Posons donc la règle suivante : Quand les eaux pluviales sont prises directement sur la voie publique, le propriétaire inférieur, pour prescrire le droit qu'a le propriétaire supérieur de dériver les eaux, doit exécuter sur le fonds de ce dernier des travaux apparents qui indiquent sans équivoque possible l'intention qu'il a de s'assurer l'usage exclusif des eaux (2).

SECTION III.

DES DROITS ACQUIS PAR LE PROPRIÉTAIRE INFÉRIEUR SUR LES EAUX PLUVIALES.

Il faut distinguer suivant que les eaux pluviales tombent sur un fonds privé ou coulent sur la voie publique.

(1) Ch. Req. 16 mars 1853. Sir: 53, 1, 621.

(2) Laurent, VII, 239.

Le droit acquis sur les eaux pluviales tombant sur le sol privé est un droit absolu, un droit de propriété. Le propriétaire inférieur peut faire des eaux qu'il reçoit sur son héritage tel usage que bon lui semble, sans que les propriétaires plus éloignés soient fondés à se plaindre. L'art. 644 ne les protège point.

Les eaux pluviales n'ont pas nécessairement au sortir du fonds où la nature les a jetées, le caractère d'eaux courantes. Il y a donc, dans la situation du propriétaire inférieur qui acquiert par prescription un droit à l'écoulement des eaux, des différences bien marquées suivant qu'il s'agit d'eaux de source ou d'eaux pluviales.

La prescription a, dans l'un et l'autre cas, pour résultat immédiat de limiter le droit de disposition du propriétaire supérieur, de mettre à l'abri de toute velléité de sa part le droit de jouissance que la situation des lieux et la loi assurent au maître de l'héritage inférieur. Ce droit de jouissance n'est, quand il porte sur une eau de source, qu'un simple droit d'usage dont le propriétaire inférieur doit compte aux riverains plus éloignés du cours d'eau naissant. Au contraire le droit du propriétaire inférieur sur les eaux de pluie est un droit de propriété qui le rend maître d'en disposer à sa guise. Les propriétaires de fonds plus éloignés ne sont pas en droit d'exiger que les eaux pluviales leur soient restituées. Remarquons que ce droit de disposi-

tion procède de l'accession ou de l'occupation : La prescription le consolide, le met à l'abri d'un retour offensif du propriétaire supérieur, mais n'en est pas la cause efficiente.

Quand il s'agit d'eaux pluviales coulant sur la voie publique, la servitude que peut acquérir, dans certaines circonstances, le riverain inférieur est des plus limitées ; elle a pour effet de restreindre, de supprimer même, le droit appartenant à tel ou tel riverain de détourner les eaux. Mais la prescription non moins que la convention est, pour les autres riverains, *res inter alios acta* : ils conservent tous leurs droits (1).

(1) Laurent, VIII, 240. — Aubry et Rau, III, 145. — Demolombe, XI, 105.

Des étangs et lacs.

On appelle étang un amas d'eau contenu par une chaussée naturelle ou artificielle. Des ouvertures pratiquées à sa base permettent de le vider soit pour pêcher le poisson soit pour mettre en culture les terrains couverts par les eaux. Un déversoir calculé d'après la contenance de l'étang offre une issue aux eaux quand leur niveau est tel que les propriétés voisines seraient nécessairement inondées si le mouvement ascensionnel des eaux continuait.

L'étang est formé de la réunion d'eaux pluviales, d'eaux de source ou de ruisseaux qui fluent sur l'héritage où l'étang est établi.

Les étangs n'ont pas comme les lacs une étendue fixe et déterminée : les exigences de leur exploitation, l'intempérie des saisons font que la superficie des terrains tour à tour submergés et délaissés par les eaux est variable. Des difficultés sans cesse renaissantes s'élèveront au sujet des limites de l'étang : la loi a cherché à remédier à cet état de choses en érigeant au profit du possesseur de l'étang la présomption légale de l'article. 558.

« Le propriétaire de l'étang conserve toujours le terrain que l'eau couvre quand elle est à la hau-

teur de décharge de l'étang encore que le volume de l'eau vienne à diminuer. Réciproquement le propriétaire de l'étang n'acquiert aucun droit sur les terres riveraines que son eau vient à couvrir dans les crues extraordinaires. »

Les contestations auxquelles peut donner lieu un étang peuvent avoir pour cause :

1^o La possession même de l'étang et des terrains limitrophes ;

2^o Les servitudes que le propriétaire de l'étang prétend imposer aux riverains ;

3^o Les servitudes que les riverains réclament sur l'étang.

SECTION PREMIÈRE.

CONTESTATIONS AUXQUELLES DONNENT LIEU LA POSSESSION MÊME DE
L'ÉTANG ET CELLE DES TERRAINS LIMITROPHES.

§ 1^{er}.

De la possession de l'étang.

Deux ou plusieurs personnes se disputent la possession de l'étang. Celui-là sera maintenu ou réintégré au possessoire qui démontrera avoir fait sur l'étang tous les actes que comporte l'exploitation de cette sorte de biens : fauchaison des herbes, empoissonnement et pêche de l'étang, puisage de l'eau pour les besoins domestiques, etc.

Il ne suffit pas d'établir qu'on a tiré un utile parti de l'étang, il faut établir qu'on a agi à l'exclusion de tous autres. Si parmi les contendants, l'un a fait pacager ses bestiaux, l'autre pêché le poisson, etc..., si les actes de possession, pour se servir de l'expression propre, se sont croisés, le juge de paix maintiendra le *statu quo* et renverra les parties se pourvoir au pétitoire pour faire régler définitivement leurs droits. La possession est dans ce cas, équivoque, promiscue et dénuée d'effets utiles. Ne pas confondre, bien entendu, avec la possession promiscue la possession à titre indivis dont pourrait se prévaloir un copropriétaire, par succession ou autrement, de l'étang.

§ 2.

Possession des terrains limitrophes de l'étang. — A quelles conditions la présomption légale de l'art. 558 reçoit-elle son application? — Il appartient au juge du possessoire pour apprécier le caractère de la possession, de constater la hauteur de décharge.

Deux hypothèses sont à prévoir : il existe ou il n'existe pas de déversoir fixe.

Quand il existe un déversoir fixe, la loi établit en faveur du propriétaire une présomption légale de propriété. Aux termes de l'art. 558, le propriétaire de l'étang est réputé posséder tout le terrain que couvrent les eaux quand elles sont à hauteur

de décharge. Toute possession contraire est considérée comme précaire et ne peut ni autoriser une action possessoire ni fonder la prescription. Vainement pendant de longues années les riverains profitant de la décroissance des eaux auraient-ils fauché les herbes ou fait pâturer leurs bestiaux dans la partie desséchée. Le propriétaire de l'étang a retenu la possession *solo animo* : la loi le veut ainsi « le propriétaire conserve toujours le terrain » (art. 558) (1). La présomption de l'art. 558 n'est pas, comme on l'a soutenu, une présomption *juris et de jure*, une présomption invincible, elle fléchirait évidemment devant des titres établissant que le maître de l'étang n'est pas propriétaire des terrains que l'eau couvre à hauteur de décharge ; elle céderait également devant des faits de possession contraire qui constituent une dénégation formelle des droits du propriétaire de l'étang. Ainsi on a construit une digue qui empêche les eaux de venir baigner le terrain qu'elles recouvraient à hauteur du déversoir (2).

Réciproquement, lorsque les eaux franchissant par suite de crues extraordinaires les limites dans lesquelles le déversoir les confinent, inondent les héritages, l'occupation des terrains submergés

(1) Rej. 23 avril 1841. — Dall., *Act. poss.*, 356. — *Sic* Wodon, III, 270.

(2) Garnier, p. 249. — *Contra*, Laurent, VII, 245.

ne peut servir de base à l'action possessoire. Fait accidentel, de force majeure, qu'il est impossible de prévoir et d'empêcher, l'inondation ne saurait être invoquée par le propriétaire de l'étang non plus que lui être imputée à faute (1). Généralement la hauteur de décharge étant calculée en prévision des crues ordinaires, le niveau des eaux ne dépassera pas dans leur retour périodique, le seuil du déversoir; il arrive cependant que les eaux atteignent à cette époque un point plus élevé. La Cour suprême a jugé que la limite des droits des propriétaires ne s'arrête point dans ce cas au seuil du déversoir, mais au point extrême d'élévation des eaux dans les crues ordinaires de la saison d'hiver, c'est-à-dire des crues périodiques (2). A la seule inspection des lieux, il est aisé de reconnaî-

(1) Une crue d'eau extraordinaire est un cas fortuit qui ne paraît pas devoir engendrer de responsabilité. Cependant il s'est trouvé des auteurs pour enseigner le contraire. Sans la présence de l'étang ces malheurs, dit-on, ne se seraient pas produits. Or la force majeure met en jeu les responsabilités quand elle a sa cause médiate dans un fait volontaire de l'homme qui l'a précédée. La réponse est bien simple. Le propriétaire de l'étang n'est pas en faute d'avoir tiré parti sous cette forme de son héritage; l'exercice légitime de son droit de propriété autorisait cette destination. Il faudrait renoncer à faire aucun établissement, dit Daviel, si la conséquence pouvait en être de rendre le propriétaire responsable des dommages causés par les crues extraordinaires.

(2) Dall. 67, 1, 270.— Req. 13 mars 1867.

tre les terrains visités périodiquement par les eaux au-dessus de la hauteur de décharge. Sur le limon gras et fertilisant qu'elles déposent croît une végétation plus luxuriante, plus épaisse, mais aussi plus aquatique : le roseau, les joncs y poussent communément.

Saisi de l'action possessoire par le propriétaire de l'étang qui accuse son voisin d'avoir empiété sur les limites normales de la pièce d'eau, le juge de paix doit vérifier : 1^o l'annalité du déversoir, sa hauteur, sa fixité; 2^o l'étendue des terrains couverts par les eaux quand elles sont à hauteur de décharge.

L'annalité du déversoir... car si le déversoir a moins d'un an de date, le juge de paix doit déterminer la possession d'après les règles ordinaires comme s'il n'y avait point de déversoir.

La hauteur de décharge... En effet pour apprécier le caractère de la possession, il est indispensable de constater au préalable l'étendue de l'étang par la hauteur de la décharge. Ordonner cette délimitation par voie d'expertise ou se rendre compte *de visu* de l'état des lieux n'est point empiéter sur l'office du juge du pétitoire. Rien n'empêche, en effet, ce dernier de prescrire une nouvelle délimitation et d'en faire dépendre sa décision sur le fond du droit.

La Cour de cassation n'a pas tout d'abord adopté cette doctrine; elle a refusé, à plusieurs reprises,

au juge de paix le pouvoir de constater en se transportant sur les lieux, si le terrain est couvert par les eaux quand elles sont à hauteur de décharge pour le motif qu'en procédant ainsi le juge de paix cumule le possessoire et le pétitoire (1). Dalloz critique avec raison une jurisprudence qu'il déclare être contraire à tous les principes. Depuis, un heureux revirement s'est produit, la Cour a compris que le juge du possessoire en fixant la hauteur du déversoir ne viole pas la règle du cumul; qu'il constate seulement un fait matériel qui, aux termes de l'art. 558, est de nature à influencer sur le caractère de la possession. Une disposition légale, nous avons eu occasion de le dire, a, sur le possessoire, une action non moindre que le titre. Il doit être permis au juge de paix d'en tenir compte « Décider autrement, dit Dalloz, serait rendre l'action possessoire à peu près frustratoire (2). »

Les parties sont donc autorisées à faire intervenir dans le débat possessoire la présomption de l'art. 558. Mais pour que la présomption soit applicable, il faut que le déversoir dont on prétend déduire l'étendue de la possession soit fixe et immuable. La présomption cesserait si l'eau était retenue par des barrages mobiles permettant d'élever et d'abaisser le niveau à volonté.

(1) Req., 23 février 1826; — 28 janvier 1827. Dalloz, *Act. poss.*, n° 357.

(2) Jugé en ce sens : Req. 10 juin 1872, D. 73, 1, 433.

Les présomptions sont de droit étroit : elles ne s'étendent pas au-delà des termes mêmes de la loi. Quand par un privilège spécial, la loi accorde le bénéfice de l'imprescriptibilité à une catégorie de biens en raison de la destination qu'ils ont reçue, il faut, pour qu'ils jouissent de cette immunité, que leur destination soit effective et réelle. En matière d'étang, aussi longtemps que le retrait des eaux est susceptible de s'expliquer par les nécessités d'une exploitation intermittente, le déversoir, les chaussées, sont là pour attester la persistance d'un état de choses que la loi veut voir respecter : mais le jour où le retrait des eaux est définitif, tout l'appareil d'une exploitation abandonnée ne saurait maintenir hors du droit commun les terrains qui composaient l'étang. Il a été jugé que la conservation du déversoir, des digues et autres lignes naturelles ne suffirait point pour mettre obstacle à la possession des tiers, si le terrain litigieux jadis en nature d'étang avait perdu sa destination (Nancy, 4 décembre 1838). Le privilège survivrait, chose absurde, à sa raison d'être. Le difficile est de déterminer à quel moment se produit le changement de destination, par suite le moment où la possession a pu être utile. C'est une question de fait dont l'appréciation est laissée à la prudence du juge. Tantôt le changement de destination se révélera par un fait bien positif comme des travaux de desséchement, tantôt, c'est

l'hypothèse la plus commune, s'induit du laps de temps pendant lequel le propriétaire de l'étang se sera abstenu de le tenir en eau. La durée de cette période est absolument indéterminée et c'est à tort qu'on voudrait lui assigner la mesure invariable de trente ans. Quand aura été accomplie la période de temps jugée nécessaire pour faire présumer le changement de destination, alors les actes possessoires deviendront efficaces : à partir de ce moment, la jouissance annale ou trentenaire des terrains abandonnés portera ses fruits. Cette doctrine, développée dans les considérants d'un arrêt de la Cour de Nancy, en date du 4 décembre 1838 (1) n'a pas été ratifiée par la Cour de cassation. La prescription doit courir, d'après la Cour suprême, du jour même de l'abandon de l'étang et non pas du jour où la détermination du propriétaire peut être tenue pour constante. L'arrêt de la Cour de Nancy fut cassé. A mon sens, la décision de cette Cour devait échapper à la censure. Sans doute la chose devient prescriptible dès que le propriétaire lui a retiré le caractère auquel elle devait cette immunité ; mais la résolution du propriétaire de l'étang ne se révèle point immédiatement par des indices extérieurs, les tiers jouissent encore quelque temps des terrains délaissés avec la croyance que le retrait des eaux

(1) Nancy, 4 décembre 1838. *Dall. Eaux*, n° 264.

n'est pas définitif. Les doutes qui subsistent un laps de temps variable sur la véritable condition de la chose communiquent à la jouissance un caractère essentiellement équivoque. Il ne peut pas être tenu compte de cette possession dans le calcul du temps requis pour prescrire.

L'étang n'a pas de déversoir. Les débats sur la possession se régleront d'après les principes généraux. La submersion continue pendant trente ans d'une certaine zone de terrains en fixe d'une manière définitive la propriété sur la tête du maître de l'étang. Objecte-t-on que le fait d'inonder ses voisins est un délit et par suite, insusceptible de former l'élément d'une possession utile. On répondra que la possession délictueuse n'est pas en thèse générale dépouillée d'efficacité; on ajoutera que l'obligation pour le propriétaire d'un étang de le munir d'un déversoir, et d'en faire fixer la hauteur par l'autorité administrative n'est écrite nulle part, tout au moins lorsque cet étang n'est pas formé aux dépens d'eaux courantes, que le propriétaire ne réclame pas le droit d'inonder ses voisins, mais ce qui est tout autre chose, la propriété des terrains recouverts pendant trente ans par les eaux. Le silence des riverains, leur inertie à prendre des mesures défensives attestent qu'ils ne se croyaient pas en droit d'agir (1).

(1) Toullier, livre 2, titre II, chap. 2. — Garnier, III, p. 155. — Daviel, III, p. 585.

SECTION II.

CONTESTATIONS AU SUJET DES SERVITUDES QUE LE PROPRIÉTAIRE DE L'ÉTANG PRÉTEND IMPOSER AUX RIVERAINS ET AU SUJET DE CELLES QUE LES RIVERAINS RÉCLAMENT SUR L'ÉTANG.

§ 1^{er}.

De l'écoulement des eaux de l'étang.

Le propriétaire de l'étang ne peut contraindre les propriétaires inférieurs à recevoir la décharge totale ou partielle de l'étang, car, aux termes de l'art. 640, les fonds inférieurs ne sont obligés de recevoir que les eaux découlant naturellement des fonds supérieurs sans que la main de l'homme y ait contribué. Que l'étang soit formé d'eaux pluviales ou d'eaux de source, la condition des fonds inférieurs est aggravée quand une masse d'eau qui eût lentement et insensiblement glissé à la surface vient tout à coup fondre sur eux. La plainte est ouverte aux riverains qui souffrent de la brusque irruption des eaux.

M. Laurent (1) rapporte à ce propos une affaire soumise au tribunal de Bruxelles dans laquelle le propriétaire de l'étang demandait à bénéficier pour l'écoulement des eaux d'une immunité analogue

(1) V. Laurent, VII, n° 248.

à celle qui appartient au propriétaire de l'enclave. Ce spécieux argument fut goûté par le tribunal, mais la Cour en fit bonne justice au nom de la règle fondamentale que les servitudes légales sont de droit étroit. Le propriétaire fût, toutefois, admis à prouver qu'avant la promulgation du Code civil il avait acquis par possession immémoriale, le droit de rejeter les eaux sur le fonds inférieur. Aujourd'hui la servitude d'écoulement constituerait, dans ces conditions, une servitude discontinue, non susceptible d'être acquise par prescription.

Nous venons de faire allusion à une des causes auxquelles peut se rattacher l'inondation des fonds limitrophes : la mise à sec de l'étang soit pour le pêcher soit pour le curer. L'immersion se produisant alors à des intervalles plus ou moins éloignés a un caractère de discontinuité qui fait obstacle à la prescription. Mais l'inondation peut provenir de ce que les eaux ont été tenues à un niveau trop élevé. Si les eaux ont été maintenues à une hauteur constante pendant trente ans par un déversoir fixe, le propriétaire de l'étang peut prétendre sur les terrains inondés non pas seulement un droit de servitude mais un droit de propriété (art. 558), mais si l'étang se décharge à l'aide de vannes mobiles, le propriétaire qui, par négligence ou à dessein, laisse les eaux envahir les fonds voisins à l'époque des crues ou

imprime à leur niveau par la manœuvre des écluses des fluctuations préjudiciables, ne saurait se couvrir de la possession trentenaire et réclamer à titre de servitude le droit d'inonder ses voisins.

M. Troplong n'est pas de cet avis; il estime que la servitude s'annonçant par des ouvrages extérieurs, permanents (le déversoir, les vannes,) est prescriptible pourvu que la hauteur de décharge ait été fixée par l'administration. Cette dernière condition est indispensable; car le fait d'inonder ses voisins constitue un délit quand le maître de l'étang n'a pas pris la précaution de se munir d'une autorisation (1).

Sans distinguer si la possession est ou n'est pas délictueuse, je considère que la possession qui réside dans le fait d'inonder périodiquement les terres riveraines ne produit pas d'effets utiles; elle est discontinue et la continuité est une condition essentielle pour l'acquisition des servitudes par prescription.

L'arrêt de la Cour de Nancy en date du 29 janvier 1834, rapporté par Troplong, n'infirme en rien la règle ci-dessus formulée qu'un étang ne saurait être investi par prescription du droit d'évacuer ses eaux sur les fonds inférieurs. Il s'agissait dans l'espèce d'un étang, alimenté par la Seille, petite rivière de Lorraine. A l'époque de la pêche

(1) Troplong, I, p. 170.

les eaux issues de l'étang débordaient sur les riverains. La Cour renvoya des poursuites le propriétaire de l'étang, par le motif que celui-ci ayant par lui ou ses prédécesseurs exercé sous cette forme ses droits sur l'étang depuis une époque très reculée, avait pu acquérir par possession immémoriale la servitude d'écoulement des eaux avant la promulgation du Code. Implicitement l'arrêt donne à entendre que dans le droit nouveau une servitude semblable n'est pas susceptible de s'acquérir par prescription.

§ 2.

Du droit de prise d'eau sur l'étang.

Quand l'étang est formé d'eaux pluviales ou de sources qui naissent dans le fonds même où il a été établi, le propriétaire de l'étang a la jouissance exclusive de ses eaux. On ne peut, sans son assentiment, pratiquer dans la chaussée de l'étang des rigoles de dérivation ; une entreprise de ce genre motiverait de la part du propriétaire l'exercice de l'action possessoire (1).

Par contre, l'usager dispose de l'action possessoire quand la prise d'eau a un an de date. La possession trentenaire consoliderait définitivement ce droit à son profit, car la prise d'eau con-

(1) Req. 13 avril 1819. *Dall. Act. poss.*, n° 68.

stitue une servitude continue et apparente. Mais les faits de puisage quelque réitérés qu'ils puissent être n'autorisent pas le juge à reconnaître une servitude au profit des riverains (1).

L'étang est alimenté par des eaux courantes : le propriétaire de l'étang peut en modifier la direction mais il doit les rendre aux fonds inférieurs sous un volume sensiblement égal (art. 644). La règle était déjà écrite dans la coutume de Normandie. « Es noulveaux estangs, fosses ou escluses aucun ne peut détenir les eaux mais doivent continuellement decourir affin que les moulins à eulx submis ou les hommes en leurs négoces ne souffrent aucun détriment comme les teneurs, taincturiers et tels ou tels semblables (2). »

La jouissance des eaux courantes qui entretiennent un étang étant fondée sur la disposition de l'art. 644, les riverains n'en sont pas redevables au propriétaire de l'étang qui ne peut arbitrairement en intercepter le cours. Les riverains ont une possession *animo domini* propre à servir de base à l'action possessoire ; la complainte leur appartient sans qu'ils aient besoin de justifier de travaux apparents faits sur l'héritage où est sis l'étang. Ainsi jugé par la Chambre civile le 20 fé-

(1) Daviel, III, 816.

(2) Ancien coutumier de Normandie, Ch. du Sénéchal au duc.

vrier 1839. Voici l'espèce sur laquelle la Cour suprême fut appelée à statuer (1).

Un sieur Lagenestre est propriétaire d'un étang alimenté par des eaux vives, lesquelles prennent naissance dans un fonds supérieur: les eaux, au sortir de deux déversoirs, s'épandent les unes sur la prairie de Lagenestre, les autres sur celle de Voisin et consorts. Le dernier déversoir fut obstrué par Lagenestre. Voisin et consorts privés des eaux qui arrosaient leurs prés intentèrent la complainte et triomphèrent devant le juge de paix et le tribunal.

Lagenestre se pourvut en cassation : ses moyens peuvent se résumer ainsi. Les défendeurs ne peuvent s'abriter derrière l'art. 644, car l'eau ne leur est transmise que grâce au détournement causé par l'étang. La pente naturelle du terrain porte les eaux vers d'autres fonds, et ce sont les tenanciers de ces fonds qui auraient eu qualité en temps et lieu pour agir. A l'égard des défendeurs, l'eau est censée prendre naissance dans le fonds de Lagenestre, et s'ils en jouissent c'est d'après l'art. 642 par pure tolérance de ce dernier, puisqu'ils ne peuvent lui opposer des ouvrages apparents.

Ainsi toute l'argumentation du demandeur en cassation reposait sur cette idée que le ruisseau

(1) 20 février 1839, D. 39. 1. 105.

ayant été jadis détourné de sa direction primitive naturelle, les nouveaux riverains ne pouvaient se mettre à l'abri derrière les dispositions de l'article 644 leur situation ne différant en rien de celle du propriétaire d'un fonds inférieur qui reçoit une source et qui doit la jouissance des eaux au bon vouloir de son voisin.

La Cour suprême ne partagea pas cette manière de voir. En effet l'art. 644 est bien applicable dans notre espèce. Quand la loi dit que l'eau doit être rendue, au sortir de l'héritage, à son cours ordinaire, elle ne veut pas dire le cours naturel, mais bien celui que la rivière suit habituellement. Au sortir du réservoir où la main de l'homme l'a jetée, la rivière s'est frayée une nouvelle route; elle a un nouveau lit, de nouveaux riverains, mais elle n'a pas changé de nature, elle est toujours eau courante.

Il est juste que les propriétaires dont elle traverse les domaines, exposés à ses crues, à ses ravages, reçoivent en retour les droits d'usage que l'art. 644 accorde aux riverains. Les propriétaires situés en aval de l'étang puisent leurs droits dans la loi, leur jouissance n'est pas précaire et il faudrait que le propriétaire de l'étang eût retenu les eaux pendant un an pour échapper à l'action possessoire, pendant trente ans pour échapper à la revendication.

Il n'en serait pas de même si le propriétaire de

l'étang avait, pour donner issue au trop-plein de l'étang, utilisé le lit desséché d'une rivière. Les eaux pluviales ou de source qui alimentent l'étang demeurent la propriété privée de celui dans le fonds duquel il est établi. Les riverains du lit desséché ne peuvent réclamer le bénéfice de l'art. 644 et il faudrait des travaux apparents pour acquérir par prescription un droit d'usage sur les eaux (1).

Les étangs salés ne font pas partie du domaine public quand ils communiquent à la mer par l'intermédiaire d'un canal et d'une rivière soumise aux lois sur la pêche fluviale. Partant ils sont susceptibles de possession et de prescription (2).

Un lac est une étendue d'eau plus ou moins considérable enclavée dans les terres. A l'exception de ceux de Nantua (Ain) et de Saint-Point (Doubs) qui font partie du domaine public, les lacs sont des propriétés particulières et peuvent être, par conséquent, l'objet d'une action possessoire.

Mais comme ces masses d'eau enfermées dans des réservoirs naturels ont une assiette fixe, que leur niveau n'éprouve que des variations peu sensibles, les difficultés auxquelles donne lieu le mouvement de va et vient des eaux dans un étang se produiront rarement.

Il nous suffira donc, sans plus insister, de renvoyer à l'application des principes généraux.

(1) Cass. 21 juin 1859, D. 59. 1. 341.

(2) Req. 6 février 1849, D. 49. 1. 179.

Des rivières non navigables ni flottables.

La jurisprudence et la doctrine sont profondément divisées sur le point de savoir à qui appartiennent les rivières non navigables ni flottables. Quatre systèmes ont été proposés et chacun d'eux a l'appui d'imposantes autorités.

Un premier système attribue la propriété des petits cours d'eau à l'État qui se trouverait ainsi hériter des droits impartis jadis aux seigneurs hauts justiciers et enlevés à leurs titulaires en 1789 (1).

Un second système établit une distinction entre le lit de la rivière qui appartiendrait aux riverains et l'eau courante dont chaque riverain a l'usage sans pouvoir en revendiquer la propriété exclusive (2).

La Cour de cassation s'est ralliée à un troisième système : elle considère les petits cours d'eau comme rentrant dans la catégorie des choses communes, *res nullius*, dont l'usage aux termes

(1) Proudhon, *Domaine public*, 733-936. — Foucart, II, n° 177. — Laferrière, *Droit admin.*, p. 135. — Carou, *Act. poss.* n° 162.

(2) Duranton, tome V, n° 208. — Cormenin, *Droit admin.* 1840, v° *cours d'eau*. — Garnier, *Régime des eaux*, nos 2, 3, 5.

de l'art. 714, est laissé à tous et dont la jouissance est réglée par les lois de police (1).

Enfin, dans une dernière opinion, on enseigne que les eaux, au sortir du fords où elles sont nées, deviennent la propriété commune des particuliers dont elles baignent successivement les héritages; chaque riverain a un droit indivis, c'est-à-dire un droit limité par le droit égal des autres riverains, et dont l'exercice est, dans l'intérêt général, soumis au pouvoir réglementaire de l'administration (2).

Sans entrer dans l'examen d'une controverse qui nous mènerait trop loin, je ne puis cacher que mes préférences ne soient acquises à ce dernier système. Un de ses plus récents adhérents, M. Wodon, a démontré avec autant de bonheur que de talent, dans un ouvrage spécial, comment le système de la propriété privée des eaux courantes se rattachait au principe de l'art. 552, *accessorium sequitur principale*, comment il fallait distinguer l'eau qui, par elle-même, *natura ipsa*, est chose hors du commerce, non susceptible d'appropriation, et le cours d'eau, c'est-à-dire le tout formé de l'union de l'eau courante avec la propriété qu'elle

(1) Dubreuil, *Analyse raisonnée sur les eaux*. — Dalloz, v^o *Eaux*, n^o 213.

(2) Daviel, n^o 530. — Curasson, tome II, p. 149. — Pardessus, I, 177. — Championnière, *Prop. des eaux courantes*, n^o 417.

traverse, dont elle doit suivre la condition, comme l'accessoire suit le sort du principal (1).

L'argumentation si complète, si lumineuse du magistrat belge a emporté ma conviction. Je m'abstiendrai cependant d'exposer *in extenso* les raisons qui m'ont déterminé.

L'appréciation critique des diverses opinions en présence demanderait de trop larges développements sans que l'inconvénient d'alourdir dans sa marche une thèse suffisamment chargée soit compensé par de sérieux avantages. En effet, il est, je ne dirais pas avec M. Curasson, absolument indifférent mais sans grande importance pour la solution des questions possessoires, de prendre tel ou tel parti dans la controverse sur la propriété des eaux courantes. J'entends bien M. Wodon s'écrier dans la chaleur d'une polémique dont il se flatte d'être sorti victorieusement : « les conséquences de cette vérité si méconnue sont d'une importance immense dans le domaine du droit. » Il faut en rabattre beaucoup. On s'aperçoit aisément que le débat ramené à d'exactes proportions, n'a, au point de vue qui nous occupe, qu'une portée fort minime.

La loi accorde formellement aux riverains certains droits : droit pour celui dont la propriété borde une eau courante de s'en servir au passage

(1) Wodon, *Le droit des eaux*.

pour l'irrigation de ses propriétés, droit pour celui dont cette eau traverse l'héritage d'en user dans l'intervalle mais à la charge de la rendre, à la sortie de son fonds, à son cours ordinaire (article 644), droit de pêche (loi du 15 avril 1829). En outre, par une extension très conforme à l'esprit de la loi, les auteurs reconnaissent généralement aux riverains tous les émoluments dont le cours d'eau est susceptible, droit d'utiliser les eaux pour l'exercice d'une industrie, pour le roulement d'un moulin, droit d'extraire du lit le sable, les pierres. La jouissance de ces divers émoluments autorise, lorsqu'elle rencontre un obstacle et que d'ailleurs elle réunit les conditions requises, l'action possessoire. La loi du 25 mai 1838 en fait un chef particulier de la compétence des juges de paix, non pas qu'elle veuille soumettre les entreprises sur les eaux à des règles spéciales, mais seulement faire tomber les incertitudes auxquelles le texte trop concis de la loi du 24 août 1790 avait donné lieu (1). L'action possessoire est possible, mais les conditions auxquelles elle est subordonnée diffèrent-elles sensiblement suivant que les petits cours d'eau sont reconnus appartenir à la nation, aux particuliers, ou être *res nullius*.

(1) Les juges de paix connaissent des entreprises sur les cours d'eau servant à l'arrosement des prés, commises dans l'année (loi des 16-24 août 1790).

Dans une doctrine, l'action possessoire procède de l'atteinte portée à la quasi-possession d'un droit d'usage, d'une servitude ; dans l'autre, elle a trait à la possession annale d'une chose corporelle, indivise entre les riverains. La différence est surtout une différence de mots. J'en trouve la preuve dans ce qu'on a appelé la théorie de la possession virtuelle des eaux courantes. La Cour de cassation ne voit dans les droits des riverains que de simples droits d'usage, et cependant elle déclare l'action possessoire recevable de la part des riverains, alors même que ces droits n'auraient pas été spécialement manifestés tout comme si la possession d'un cours d'eau s'identifiant avec celle de la rive, tirait de cette dernière ses effets utiles. La Cour suprême aurait dû, ce me semble, pour rester fidèle à ses principes, exiger que les droits d'usage fissent l'objet d'un exercice distinct.

On voit par là combien les doctrines se rapprochent quand on en vient aux applications pratiques. Il n'y a peut-être qu'un point sur lequel le contre-coup des divergences sur les principes se ressent dans la théorie du possessoire, je l'indique, par avance, en un mot : d'après la jurisprudence, la hauteur des eaux n'étant pas dans le commerce n'est pas prescriptible, et la détermination des pentes, la fixation de la hauteur de retenue demeurent dans le domaine de l'administration.

Pour les partisans de la propriété privée, au contraire, la pente de la rivière, dépendant de l'inclinaison du lit, est un accessoire inhérent aux propriétés riveraines et comme telle, objet de propriété, susceptible de possession et de prescription. Nous reviendrons en détail sur cette question à propos de la possession des barrages.

Constatons, enfin, avant d'en finir avec ces préliminaires, que tout le monde s'accorde à reconnaître que les droits des riverains, improprement qualifiés de servitudes légales, sont des droits purement facultatifs dont le non-usage prolongé n'emporte pas la péremption ; il ne peut être question à leur endroit de prescription extinctive.

Dans le chapitre premier, nous supposerons que le débat relativement à la jouissance du cours d'eau et de ses divers émoluments utiles s'élève entre riverains, dans le chapitre II qu'il s'élève entre riverains et non riverains.

CHAPITRE PREMIER.

SECTION PREMIÈRE.

DE L'ACTION POSSESSOIRE EN MATIÈRE D'EAU COURANTE.

§ 1^{er}.

Que faut-il entendre par la possession annale du cours d'eau. — A quelles conditions peut-elle fonder la complainte.

La possession annale du cours d'eau autorise le propriétaire du fonds que borde ou traverse le cours d'eau à former la complainte quand il est troublé dans cette possession (loi du 25 mai 1838).

La possession pour être efficace doit réunir les conditions exigées de droit commun (art. 23, C. pr.).

La possession doit être non précaire : elle est à titre non précaire quand elle est fondée sur un titre, convention, règlement judiciaire ou administratif, sur les dispositions de l'art. 644, enfin sur des travaux apparents de nature à engendrer dans le laps de trente ans la prescription. « Comme le dit fort bien la Cour de cassation dans un arrêt du 1^{er} mars 1815, celui qui possède en vertu du droit commun et des dispositions de la loi, possède à aussi juste titre que celui qui possède en vertu d'un contrat d'acquisition. »

Dans l'espèce soumise à la Cour, le tribunal avait erronément jugé que, les parties se prétendant en jouissance dans les termes du droit commun, leur contestation était du domaine du pétitoire.

Les moulins, usines et généralement tous ouvrages permanents propres à modifier le cours des eaux, à en élever ou abaisser le niveau, sont soumis à la nécessité de l'autorisation administrative.

On se demande si un riverain qui a édifié sans autorisation un ouvrage de cette nature, un barrage notamment, peut, en cas de trouble à la possession annale de ce barrage, agir en complainte. M. Dalloz enseigne, suivant une décision déjà ancienne de la Cour suprême, que la possession du barrage est délictueuse et par suite radicalement dénuée d'efficacité.

Je n'hésite point pour ma part à repousser cette doctrine bien qu'elle soit partagée par de bons esprits (Bélimé, n° 247) (1).

Vis-à-vis de l'administration la possession du barrage, quelle qu'en soit la durée, est et demeure essentiellement entachée de précarité. Car la dé-

(1) Un ouvrage qui a été entrepris sur un petit cours d'eau contrairement à un règlement local ne peut fonder de possession utile. Autre chose est la question de savoir si un établissement par cela seul qu'il n'a pas été autorisé est privé du bénéfice des actions possessoires.

termination de la hauteur des eaux a été, dans un intérêt général, confiée à l'administration : on ne prescrit point contre l'ordre public. Mais, dans ses rapports avec les particuliers, le riverain possède utilement. Par son inaction, l'administration donne à entendre que l'infraction commise ne compromet pas la sécurité publique. De quel droit un des riverains, arguant d'une irrégularité qu'il n'a pas mission de constater viendrait-il de sa propre autorité supprimer les ouvrages qui lui sont préjudiciables ? La loi, en protégeant même la possession injuste, a voulu précisément interdire aux particuliers de se faire justice à eux-mêmes. Dans l'affaire soumise à la Cour suprême en 1826, le riverain avait pris sur lui de détruire le barrage, et, actionné en complainte se retranchait derrière le caractère délictueux de la possession (1). D'abord il n'est écrit nulle part dans la loi d'une façon générale que cette circonstance vicie la possession, par conséquent l'exception n'était pas fondée. J'ajoute que le riverain peut, sans recourir à la violence, faire cesser le dommage permanent que lui cause la présence du barrage. Il lui est loisible d'adresser une réclamation à l'autorité administrative ou de saisir les tribunaux et même s'il y a inondation, de provoquer des poursuites correctionnelles.

(1) Dalloz, *Act. poss.*, n° 403.

J'ai soutenu, dans la première partie de cette thèse, que le barrage fait sans autorisation sur une rivière publique ne pouvait servir de base à l'action possessoire. Quoiqu'on puisse m'accuser d'inconséquence, je ne me rétracte point. J'ai déclaré non recevable l'action possessoire pour trouble à un barrage non autorisé, non pour le motif que la possession était délictueuse, mais pour le motif qu'elle était précaire. Tout agissement sur le domaine public est naturellement entaché de précarité. Le riverain qui, à ses risques et périls, entreprend quelque ouvrage sans concession administrative, sait qu'il jouit par pure tolérance et que tous ses efforts seront vains pour purger la possession de son vice originaire ; il n'ignore point que l'assentiment exprès ou tacite de l'administration est nécessaire pour l'en relever et qu'à tous moments un de ses concitoyens peut méconnaître la situation éphémère qu'il s'est créée : l'*animus possidendi* lui fait défaut. Au contraire, l'usinier établi sur un petit cours d'eau se comporte en maître parce qu'il est chez lui, parce que les émoluments utiles du cours d'eau et, le plus précieux, la force motrice, lui apparaissent comme des dépendances naturelles de sa propriété. Il n'est pas en règle avec l'administration qui a la police du cours d'eau, mais cela n'empêche pas sa possession d'être à titre de propriétaire et d'engendrer, si elle a duré sans interrup-

tion pendant un an, les actions possessoires (1).

Entre la doctrine qui refuse le bénéfice de l'action possessoire à l'établissement non autorisé et la doctrine qui le lui concède, se place une opinion intermédiaire professée par MM. Troplong et Pardessus. Suivant ces auteurs, l'établissement d'un barrage ne constitue pas un délit par cela même que l'autorisation n'a pas été demandée. Qu'on lise attentivement l'art. 16 de la loi du 6 octobre 1791 : « Les propriétaires ou fermiers des moulins ou usines construits ou à construire seront garants de tous dommages que les eaux pourraient causer par la trop grande élévation du déversoir ou autrement. Ils seront forcés de tenir les eaux à une hauteur qui ne nuise à personne et qui soit fixée par le directoire du département. En cas de contravention, la peine sera une amende qui ne pourra excéder la somme du dommage. » On a pu de la combinaison de cette disposition avec celle de la loi du 20 août 1790 faire sortir, pour le gouvernement, le pouvoir d'autoriser la création de tous moulins et usines sur les petits cours d'eau.

Mais ce qu'on ne peut pas c'est créer des délits par analogie. La loi n'impose pas la nécessité d'obtenir l'autorisation ; elle se borne à incriminer le riverain qui, sans être muni d'une permission préfectorale, construit des ouvrages dont

(1) *Sic* Wodon, III, 602. — Laurent, VII, 298.

le résultat est de causer des dommages aux propriétés riveraines. Partant de ces prémisses, nos auteurs formulent la proposition suivante : la possession d'un barrage ne peut servir de base à l'action possessoire, si, l'autorisation n'ayant pas été demandée, l'ouvrage exhausse le niveau des eaux d'une manière préjudiciable pour les riverains : la possession est alors délictueuse (1).

La possession du cours d'eau doit s'affirmer par des actes matériels. La règle semble oiseuse à force d'évidence, cependant la jurisprudence paraît l'avoir quelque peu perdue de vue. On lit dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 27 mars 1832 « que la possession d'une eau courante résulte au profit du propriétaire inférieur de cela seul que l'eau suivant son cours naturel a sa propriété (2). » M. Wodon trouve l'expression juste pour caractériser cette théorie erronée, il la dénomme la théorie de la possession virtuelle des eaux. Je m'associe aux critiques formulées par M. Wodon et ne comprends pas, comme lui, « la possession établie par la force de la loi (3). » Le riverain doit faire acte de maître, sous quelque forme d'ailleurs que sa volonté se manifeste. Dès que la possession est acquise, elle se conserve *animo domini* sans qu'il

(1) Troplong, I. 133. — Pardessus, I. 97.

(2) Dalloz, *Act. possess.* n° 392.

(3) Wodon, III, 605.

soit besoin de faits réitérés et continus pour la maintenir jusqu'au jour où la contradiction menace d'en enlever le bénéfice au riverain.

Il n'est pas besoin d'ailleurs que les divers droits qui sont l'apanage des riverains, soient spécialement exercés pour donner lieu à l'action possessoire.

Ces droits, ne l'oublions point, ne sont pas des droits distincts, isolés de la propriété, mais des attributs utiles de la propriété du cours d'eau. Une fois établi, qu'il y a eu mainmise sur cette propriété, le riverain a le droit de se dire en possession et d'exiger le respect de toutes les facultés qu'elle renferme. Ainsi le propriétaire d'une prairie n'a jamais utilisé le cours d'eau qui la baigne autrement qu'en établissant sur la rive un lavoir pour les besoins du ménage. Le riverain opposé construit à travers du cours d'eau un barrage qui peut lui rendre difficile dans l'avenir l'exercice du droit d'irrigation s'il se résout à le mettre à profit.

La plainte lui est ouverte.

La possession du cours d'eau doit être annale : il s'ensuit que l'action possessoire n'est recevable qu'autant que l'appréhension du cours d'eau avait au moins une année de date quand le trouble s'est produit. La Cour de cassation en a décidé autrement : il suffit, d'après cette juridiction, que l'action soit intentée dans l'année de l'entreprise dont le demandeur se plaint, mais on ne peut exiger

que le demandeur rapporte la preuve d'une possession annale (Ch. civ. 19 novembre 1866). L'arrêt prend son point d'appui dans le texte de la loi du 25 mai 1838 art. 6, ainsi conçu : « Les juges de paix connaissent des entreprises commises dans l'année sur les cours d'eau servant à l'irrigation des propriétés et au mouvement des usines. »

La circonstance que la loi avait fait des entreprises sur les cours d'eau un chef particulier de la compétence du juge de paix a frappé la Cour suprême, elle en a conclu que l'action possessoire relative aux cours d'eau était de nature propre, qu'elle était régie par des règles spéciales et qu'il n'y avait pas lieu d'en subordonner l'exercice à la preuve d'une possession annale. De déductions en déductions, la Cour, par une trop judaïque interprétation du texte, est arrivée à reconnaître deux espèces de complainte : la complainte du droit commun et la complainte *sui generis* relative aux entreprises sur les cours d'eau. La distinction est arbitraire : rationnellement on ne s'explique pas pourquoi le législateur se serait départi en faveur de cette variété d'actions possessoires, de ses exigences ordinaires; historiquement on sait les motifs pour lesquels une place à part a été faite, dans la loi de 1838, aux entreprises sur les eaux. L'intention des rédacteurs n'a été nullement d'innover mais seulement de dissiper un doute possible avec la loi du 24 août 1790. La

Cour de cassation a donc fait fausse route, et la plainte relative aux cours d'eau est bien une plainte dans le sens propre du mot.

§ 2.

Du trouble possessoire. — Il ne suffit pas pour constituer le trouble possessoire d'une modification quelconque à la possession du cours d'eau; il faut une jouissance abusive du riverain.

Le trouble est un attentat contre la possession d'autrui: «*Turbatio fit per quamcumque moles-tiam impedimentum in re quo quis non sinit «libere et quiete res nostras possidere* » (Belime, n° 323). Il y a trouble à la possession annale d'un cours d'eau, quand un riverain fait un acte qui constitue non pas seulement l'exercice des facultés conférées par les art. 644 et suivants, mais l'usage abusif et préjudiciable des mêmes droits: Ainsi, le fait d'un riverain supérieur qui corrompt les eaux en y déversant des substances nuisibles à la santé des animaux ou contraires à la végétation; ou encore le fait par le riverain supérieur d'un ruisseau alimentant un moulin, d'avoir au moyen d'un barrage détourné les eaux sur son fonds pour les conduire dans des réservoirs d'où elles ne rentreraient dans leur lit naturel qu'avec déperdition au préjudice de l'usine (1). Mais si le

(1) Req. 6 décembre 1836, D. *Act. poss.*, n° 395.

riverain se borne à profiter d'une faculté que la loi lui accorde, les autres riverains qui ont eu jusqu'à ce moment la jouissance exclusive des eaux ne sont pas fondés à se prévaloir de ce non usage pour agir en complainte. En étudiant la prescription, nous insisterons sur cette idée que le droit des eaux est imprescriptible en ce sens que ce droit est un droit facultatif qui ne saurait périr par le non-usage, et qu'on ne peut inférer de l'abstention du riverain l'intention de renoncer à son droit puisqu'il lui est loisible de n'en point user. N'est-il pas vrai de dire, avec un vieil auteur, « qu'en n'exerçant pas son droit, il en a usé (1). »

Si la simple abstention d'un riverain ne crée pas pour ses coriverains de titre à la prescription, à plus forte raison ne saurait-elle leur donner des droits à la possession annale, première étape vers la prescription.

Les complainants souffrent un préjudice, mais c'est le fait même de l'indivision; ils n'ont à s'en prendre qu'à eux de n'avoir rien fait pour en sortir et se créer une situation privilégiée. Jusqu'alors ils ont joui de la totalité des eaux par la pure tolérance de leur coriverain qu'ils étaient menacés chaque jour de voir participer à la jouis-

(1) Maxime rapportée par Laurent. — Dumoulin, sur l'art. 1^{er} de la coutume de Paris (tome VIII, 306).

sance d'un bien commun. Que n'ont-ils, par des actes manifestement exclusifs, témoigné de leur volonté d'écarter rigoureusement le dernier venu et acquis la possession d'une servitude contraire? Alors la faculté légale, conférée par l'art. 644, se trouvait intervertie par la contradiction opposée à son exercice; tout effort tenté par le riverain pour en ressaisir l'usage constituait un véritable trouble possessoire, et l'unique ressource qui lui restait était de se pourvoir au pétitoire.

Un grand nombre d'auteurs, parmi lesquels je citerai MM. Pardessus, Curasson, Carou, Daviel, Demolombe, adhèrent à cette doctrine que la Chambre des requêtes a également consacrée par une longue série d'arrêts (1).

Dans la doctrine que nous venons de développer, l'innovation reprochée au riverain doit, pour rendre admissible la plainte, constituer un acte à la fois abusif et préjudiciable. La Chambre civile de la Cour de cassation s'est nettement prononcée dans un autre sens; d'après elle, l'action possessoire est recevable par cela seul qu'il y a modification à la possession annale du cours d'eau, sans qu'il y ait lieu de distinguer si cette modification résulte de l'exercice légitime ou de

(1) Voir pour les plus récents les arrêts des 27 fév. 1858, (D. 58. 1. 297) et du 18 mai 1868 (D. 68. 1. 336).

l'abus du droit appartenant au propriétaire supérieur. Je détache des considérants d'un arrêt du 24 avril 1870, quelques passages qui me paraissent refléter assez fidèlement la pensée de la Cour suprême (1). « La Cour....., attendu que la possession annale d'une prise d'eau doit être maintenue contre toute entreprise de nature à la troubler, sans qu'il soit besoin que l'entreprise ait un caractère abusif et dommageable, la question de savoir si l'auteur du trouble n'a fait que son droit ne pouvant être résolue qu'au pétitoire; attendu que, sans méconnaître que les demandeurs ont la possession plus qu'annale du cours d'eau dont il s'agit, et que le barrage établi par le défendeur, depuis moins d'une année, a pour objet d'empêcher l'écoulement naturel de ces eaux et d'en arrêter une partie, le jugement attaqué a, néanmoins, rejeté la demande par le motif que les demandeurs n'ont pu établir que le nouvel œuvre du défendeur leur causait un préjudice quelconque..... Pour ces motifs, casse. »

Ainsi le trouble possessoire existe, aux yeux de la Chambre civile, dès qu'il y a modification à la jouissance annale du cours d'eau, et la complainte est recevable à ce titre, alors même que l'innovation ne cause aucun préjudice au demandeur et qu'elle n'est que le légitime exercice d'une faculté

(1) Cass., 24 août 1870 (D. 71. 1. 144).

reconnue au riverain. A ce double point de vue, cette jurisprudence peut être critiquée. En premier lieu, je ne crois pas qu'on puisse se désintéresser de la question de savoir s'il y a ou non dommage. S'il est vrai de dire, en thèse générale, que l'action possessoire n'est pas subordonnée à la preuve d'un préjudice souffert par le demandeur, la proposition cesse d'être exacte quand il s'agit de droits d'usage sur les cours d'eau. En cette matière, fait observer très justement Dalloz, le trouble et le préjudice sont inséparables, et la plainte doit être rejetée si l'usager peut, après comme avant l'entreprise dont il se plaint, faire usage des eaux dans les mêmes conditions. L'intérêt, élément essentiel de toute action possessoire ou pétitoire, fait absolument défaut. J'entends parler, bien entendu, d'un intérêt né et actuel (1).

On a surtout attaqué la jurisprudence de la Chambre civile à un second point de vue : on lui reproche d'avoir érigé en trouble possessoire l'exercice d'une faculté conférée par la loi au riverain. Le trouble emporte nécessairement l'idée de fait abusif. De ce qu'il me plaît de faire usage de facultés comprises dans mon droit de propriété que j'avais laissé sommeiller jusqu'à ce jour, il ne

(1) Jugé en ce sens, Ch. req. 18 mai 1868 (D. 68. 1. 335). Voir cependant Wodon, III.

s'ensuit pas, en résultât-il une gêne, un malaise pour mon voisin, qu'on puisse m'imputer un trouble possessoire dans le sens propre du mot. Pour démontrer l'exactitude de cette assertion, faisons un rapprochement. Mon voisin jouit par dessus mon jardin d'une fort belle vue. Un mur construit sur mes ordres lui enlève toute perspective. Sa propriété subit de ce fait une dépréciation considérable, et cependant mon voisin n'est pas fondé à se dire troublé dans sa possession et à former la dénonciation de nouvel œuvre.

De même aussi le riverain dont la jouissance est conforme aux droits d'usage qu'il tient de la loi ou d'un règlement, ne souffre pas d'un trouble possessoire parce qu'il plait à son coriverain d'utiliser à son tour les mêmes avantages. Il y a, je le veux bien, modification de fait à la suite des nouvelles saignées pratiquées par le riverain supérieur, mais non modification de droit, or le trouble est chose de droit. Mon voisin s'est borné à mettre en jeu des facultés-qu'il avait virtuellement conservées et de mon côté je n'ai point, moi riverain inférieur, donné à ma possession une forme contradictoire et acquisitive d'une servitude contraire.

Le juge de paix devra donc, pour vérifier si le fait reproché au riverain peut être taxé de trouble possessoire, consulter la loi, la convention, les règlements qui fixent la situation réciproque des

parties; mais ce magistrat doit bien se pénétrer de l'idée que cette investigation lui est permise aux seules fins, non pas de peser les droits respectifs des parties, mais d'apprécier, au point de vue du possessoire, le caractère des faits qui sont déférés à sa juridiction, et une fois sa détermination prise, il doit, dans les considérants de son jugement, éviter avec soin de rattacher sa décision à des motifs uniquement tirés du fond du droit. En s'inspirant de ces maximes, le juge pourra, sans enfreindre les règles prohibitives du cumul, se livrer à l'examen des titres et y puiser les éléments de sa conviction (1).

Nous ne nous dissimulons pas toutefois qu'au regard de l'office du juge, la doctrine de la Chambre civile en autorisant la complainte par le seul fait qu'il y a modification à la possession du cours d'eau, a l'immense avantage d'enlever au juge tout prétexte de s'égarer dans le domaine du pétitoire, tandis que notre doctrine, en obligeant ce magistrat à côtoyer le même domaine pour

(1) Jugé par un arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} mars 1815 que le juge de paix avait pu considérer la possession annale d'un usinier comme une suite du droit commun et des dispositions mêmes de la loi.

Un autre arrêt de la Cour suprême du 24 juillet 1811 (*D. Act. poss.*, 397) tient pour correcte la sentence d'un juge de paix qui vise un acte de transaction passé par les intéressés, à l'effet d'attribuer au demandeur la possession annale conforme au titre.

rechercher si le fait impugné de trouble revêt un caractère abusif, l'induit en de singuliers périls.

La tâche que nous imposons au juge du possessoire est délicate, mais elle n'est pas impossible, et s'il n'était de mauvais conseil d'engager un magistrat à s'inspirer de décisions censurées par la Cour suprême, nous lui citerions comme modèle du genre le jugement du tribunal de Grenoble en date du 20 juin 1868. Voici les faits :

Un sieur Giraud propriétaire au hameau de Lancey (section de Villard-Bonnot) est propriétaire d'un terrain traversé par un canal nommé Riverate qui va se jeter dans l'Isère. Le Conseil municipal de Villard-Bonnot ayant voté l'établissement d'une prise d'eau sur le canal, Giraud prétendit que si jusqu'alors les habitants avaient joui du canal c'était par tolérance de sa part, qu'il avait depuis plus d'un an et un jour la possession exclusive des eaux et, par suite, le droit d'exiger la cessation du trouble.

Le juge de paix ayant accueilli la plainte le tribunal infirma sa sentence. Je relève les motifs les plus saillants du jugement. «... Attendu que la jouissance des habitants du hameau de Lancey justifiée par la nécessité qui l'a commandée exclut toute idée de précarité....., attendu que cet état de choses qui a toujours existé prouve que Giraud n'a eu qu'une part limitée par le besoin des autres

habitants, attendu que Giraud ne saurait contester à la commune le droit d'améliorer cette possession en amenant à ses habitants par un canal couvert, des eaux plus saines, plus limpides, attendu que le tribunal n'a point à rechercher de quel volume chaque partie pourra se prévaloir puisqu'étant saisi au possessoire il ne lui appartient pas de faire un règlement, qu'il n'a pas non plus à examiner si par son projet de prise d'eau la commune se maintiendra ou non dans la possession à laquelle a droit la section de Lancey eu égard à la possession de Giraud, que ces détails d'exécution n'ont pu soulever une question, que la seule qui lui soit soumise est celle de savoir si Giraud est en droit de se prévaloir d'une possession exclusive de la possession des habitants de Lancey...., que sur cette question il y a lieu de réformer en décidant que Giraud n'est pas troublé dans sa possession.»

Pourvoi du sieur Giraud pour violation de l'article 25, Pr. c. Arrêt de la Chambre civile ainsi motivé qui rejette le pourvoi : «... Attendu qu'il n'appartenait pas au juge saisi de la plainte de décider que le fait constitutif de trouble n'était de la part du défendeur que l'exercice légitime d'un droit, que cette question portait nécessairement sur le fond même du droit et rentrait dès lors dans la compétence exclusive du juge du pétitoire, d'où il suit que le jugement attaqué a violé

l'art. 25....., casse. » (arrêt du 30 déc. 1872) (1).

Nous ne pouvons nous associer à la censure de la Cour suprême. Non, les premiers juges n'avaient point enfreint la règle qui prohibe le cumul. On leur fait grief de s'être préoccupé du fond même du droit, mais s'ils ont, en effet, agité la question, c'est uniquement pour établir que la jouissance des habitants ne procédait pas de la tolérance du riverain, mais s'exerçait à titre de droit. Par voie de conséquence, il était démontré que le complainant avait une possession limitée par celle de la commune et, que par suite, il n'était pas fondé à se plaindre de ses agissements.

Loin d'avoir empiété sur le domaine du pétitoire, le tribunal de Grenoble a réservé avec beaucoup de soin la part qui lui revenait : il s'abstient de rechercher à quel volume d'eau chacun des contendants serait en droit de prétendre ; il ne s'inquiète pas de savoir si la prise d'eau projetée par la commune n'absorbera point une quantité d'eau trop considérable eu égard à la possession du complainant : ce sont choses à fixer au pétitoire par voie de règlement d'eau. A mon sens, je le répète, le jugement est très correctement motivé, et nous n'aurons pas perdu notre temps à l'analyser si nous avons réussi à dégager la formule exacte des pouvoirs du juge.

(1) Dalloz (73. 1. 141).

Le juge, chargé d'examiner s'il y a trouble, a mission pour apprécier si l'acte impugné excède ou non le droit de celui qui l'a commis, et son devoir est d'accueillir l'action possessoire lorsqu'il y a abus de ce droit; mais si l'innovation n'est que l'exercice légitime du droit du défendeur, le juge doit rejeter la plainte; encore que celui-ci fasse un usage immodéré des eaux, et renvoyer les parties à faire valoir au pétitoire leurs droits respectifs.

§ 3.

Quels sont les effets de l'action possessoire? — Le juge de paix et, d'une manière plus générale, l'autorité judiciaire a-t-elle compétence pour ordonner la suppression des ouvrages autorisés ou prescrits par l'administration?

Les ouvrages sur lesquels le juge de paix est appelé à prononcer, à la requête des riverains lésés, sont, ordinairement, surtout lorsqu'il s'agit d'usines, exécutés en vertu de concessions administratives (1). On est alors amené à se demander dans quelle mesure le juge peut, sans blesser l'indépendance de l'autorité administrative, recon-

(1) Le décret du 25 mars 1852 (modifié par le décret du 13 avril 1861) sur la décentralisation administrative place dans les attributions du Préfet l'autorisation sur les cours d'eau non navigables ni flottables de tout établissement nouveau tel que moulin, usine..... (tableau D).

naître le trouble causé et faire droit aux réclamations des demandeurs. La même difficulté surgit au pétitoire comme au possessoire.

Il faut distinguer suivant que les ouvrages ont été entrepris en vertu d'une autorisation ou concession individuelle, ou bien d'après les prescriptions d'un règlement général sur les eaux de la rivière.

1^o La simple autorisation accordée à l'usinier en l'absence d'un règlement général ne confère à celui-ci aucun droit ; elle règle, dans l'intérêt général, l'exercice des droits individuels dévolus aux riverains sur les petits cours d'eau, mais elle ne modifie en rien les droits préexistants. Avant comme après l'autorisation, la situation de l'usinier est vis-à-vis de ses riverains identiquement la même. Si le nouvel établissement lèse leurs droits, porte atteinte à leur possession, ils sont fondés à faire valoir leurs droits en justice et à demander la cessation du dommage.

Le principe que l'autorisation ne doit pas nuire aux tiers est universellement reconnu et ordinairement consacré par une clause insérée dans l'acte de concession. L'administration admettant le principe de la réserve du droit des tiers, il n'y a pas de conflit possible à craindre. L'autorité judiciaire a qualité non-seulement pour allouer des dommages-intérêts, mais encore pour ordonner la suppression des travaux. Cette doctrine n'est pas,

à dire vrai, partagée par tout le monde. On a dit que les tribunaux empièteraient sur les prérogatives de l'administration en prononçant la destruction d'ouvrages exécutés sous la foi d'une autorisation administrative, que, puisqu'il n'y a qu'elle qui puisse approuver il ne doit y avoir qu'elle qui puisse improuver (1).

Le raisonnement, qui est de Proudhon, n'est rien moins que concluant. Que l'administration ait le droit d'intervenir dans la création d'une usine, cette ingérence peut se justifier à la rigueur par la nécessité de pourvoir à ce que les travaux ne compromettent pas la sécurité publique, mais quand l'administration a une fois accompli sa mission, quand elle a levé le *veto* qui s'opposait à l'exécution des travaux, ses droits sont épuisés, il ne lui appartient pas de descendre une seconde fois dans le domaine des intérêts privés pour couvrir une œuvre qui n'est pas sienne et dont la disparition ne peut nuire à l'intérêt général. Nous raisonnons, il ne faut pas l'oublier, dans l'hypothèse où l'autorisation est accordée en l'absence d'un règlement sur la police des eaux. Je comprends qu'on refuse aux tribunaux des pouvoirs aussi étendus quand il s'agit d'une rivière publique.

(1) Proudhon, *Domaine public*, tome IV, n° 1185. — Laurent, VII, 327-347.

L'administration est chez elle; des intérêts domaniaux peuvent se trouver lésés par la fermeture de l'usine et à supposer que l'administration ne puisse à ce titre revendiquer le règlement des contestations entre riverains, elle peut toujours faire valoir que toute modification quelconque au régime de la grande voirie met en jeu des intérêts supérieurs dont elle est seule dispensatrice.

Il y a donc des raisons juridiques absolument décisives pour donner pleins pouvoirs aux tribunaux, et quelque dures que puissent être les conséquences de cette doctrine, nous ne devons pas, pour des motifs vagues d'humanité et d'équité lui refuser notre adhésion (1).

La jurisprudence de la Cour suprême, après de longs tâtonnements, paraît devoir se rallier au système que nous préconisons (2).

(1) M. Belime a des scrupules : « Où en serait-on si un juge de paix statuant au possessoire pouvait décréter la destruction de travaux dispendieux opérés sous la foi de l'autorisation administrative.... il me semble que l'esprit de la loi est de former pour ainsi dire un contrat entre l'administration et l'usinier, celui-ci s'engageant à fournir les capitaux, celle-là garantissant au moins dans leur existence matérielle les travaux qu'il projette, n'oublions pas que souvent une usine nourrit cent familles, qu'en ordonner la suppression sous prétexte de quelque méchante servitude serait une mesure aussi injuste qu'impolitique. » (Belime, *Poss.*, n° 251).

(2) Voyez dans le sens de la doctrine qui ne confère aux tribunaux que le simple droit d'accorder des dommages-

De son côté le tribunal des conflits a, dans une récente décision, manifesté des vues favorables à l'entière compétence de l'autorité judiciaire; on peut s'en convaincre par la lecture de ces considérants : « Considérant que, par deux arrêtés pris en vertu des pouvoirs de police que les lois des 20 août et 28 septembre 1790 ont attribués à l'administration, le Préfet du département des Bouches-du-Rhône a permis l'établissement d'un barrage construit par le sieur Laugier dans le lit du cours d'eau, que ces arrêtés rendus sur la demande et dans l'intérêt privé du sieur Laugier ne sauraient préjudicier aux droits des tiers qui, d'ailleurs, ont été expressément réservés et ne font pas obstacle à ce que le sieur Turcat porte sa demande devant l'autorité judiciaire seule compétente pour en connaître (1). »

2^o Les ouvrages ont été exécutés en vertu de prescriptions contenues dans un règlement général sur la police de la rivière.

Le principe est que l'autorité judiciaire est incompétente pour statuer à l'encontre de ces règlements et des ouvrages qui en sont la suite, soit par voie de dommages-intérêts, soit par voie de sup-

intérêts : Arr. Cass., 27 novembre 1844 et le rapport de M. Mesnard (D. 45, 1, 216) et l'arrêt Cass., 19 août 1845 (D. 45, 1, 401).

(1) Arrêt du trib. des conflits, 26 déc. 1874. — Dans le même sens, Cass., 19 janvier 1875 (D. 75, 1, 377).

pression de travaux. En effet, quand l'administration usant des pouvoirs que lui confèrent l'art. 644 du Code civil et les lois spéciales de 1790, émet un règlement sur la police d'un cours d'eau, ses prescriptions se substituent de plein droit à tous droits et possessions contraires. L'acte administratif fait table rase du passé, devient la loi des riverains. Le règlement d'eau aura pour conséquence inévitable d'avantager les uns, de préjudicier aux autres. Le riverain que le nouveau régime des eaux moleste, peut réclamer contre les mesures administratives. Deux partis s'offrent à lui : agir contre l'administration ou contre les particuliers.

Quand l'administration a agi dans la limite de ses attributions, ni les titres anciens, ni la possession même immémoriale ne pourront lui être opposés. Dans ce cas, l'acte administratif ne peut être attaqué par voie contentieuse. Le point délicat est de savoir si l'administration a excédé ou non les bornes de son droit. On peut considérer que l'administration n'a pas outrepassé ses pouvoirs quand les mesures prises par elle ont pour base l'utilité publique, et pour conséquence d'amoindrir, de restreindre les droits des particuliers, mais non de les supprimer. Par exemple, l'arrêt qui règle la hauteur de retenue des usines de manière qu'il n'en résulte préjudice pour personne est compétemment rendu.

Mais la décision administrative ne peut avoir pour but le redressement d'un fait particulier. Ainsi la fixation de la hauteur de barrages destinée à mettre un terme aux contestations de deux usiniers ne paraît pas devoir participer, quoique édictée dans un règlement général, à l'immunité qui s'attache aux actes administratifs proprement dits. Le riverain lésé peut déférer l'arrêté au Conseil d'État et en demander par voie contentieuse l'annulation (Conseil d'État, 9 juin 1876) ou bien actionner devant les tribunaux le riverain qui, à la faveur du nouveau règlement, a pu méconnaître des droits acquis par longue possession ou résultant d'arrangements réciproques. L'administration ne peut dans un intérêt privé donner à un individu le droit de causer préjudice à un autre.

Les tribunaux pourront allouer des dommages-intérêts, mais je ne crois pas qu'ils puissent ordonner la suppression d'ouvrages autorisés ou prescrits dans de semblables circonstances (1). Les prescriptions d'un règlement sur la police d'une rivière ont entre elles un lien étroit de solidarité;

(1) M. Wodon n'est pas de cet avis : il enseigne que tous actes administratifs qui, sous prétexte de régler l'usage des eaux au profit de l'utilité publique, annihilent ou paralysent tous droits quelconques des riverains dans un intérêt privé, n'ont pas d'effet à l'égard des tribunaux (tome III, n° 601). Voir aussi Daviel, tome II, p. 66 et Dalloz, *Eaux*, n° 461.

elles se tiennent comme les pièces d'un même tout : les tribunaux ne sauraient toucher à l'une d'elles, sous prétexte qu'un abus de pouvoir a été commis, sans fausser tout le système. On ne peut raisonnablement pas leur reconnaître un pouvoir dont l'exercice pourrait jeter la perturbation dans le régime d'un cours d'eau. L'usinier qui demande, en ce qui le concerne, l'annulation de l'arrêté préfectoral devra s'adresser au Conseil d'État. S'il est fait droit à sa demande, l'autorité administrative reprendra son œuvre et en mettra les diverses parties en harmonie avec les modifications qui lui sont imposées.

SECTION II.

DE LA PRESCRIPTION EN MATIÈRE D'EAUX COURANTES.

L'étude à laquelle nous venons de nous livrer sur la possession des eaux courantes, sur les conditions auxquelles cette possession peut servir de base à la plainte, a quelque peu déblayé le terrain sur lequel nous allons entrer. Toutefois, il convient de faire observer que, jusqu'alors, nous nous sommes placés dans l'hypothèse d'une possession conforme au droit commun et aux règlements qui en tiennent lieu. On se demande maintenant si une possession dérogatoire au régime normal du cours d'eau peut conduire à la pres-

cription, et à quelles conditions. Le principe général est que la prescription est possible : quelle que soit l'idée qu'on se fasse des droits conférés aux riverains sur les eaux courantes, qu'on les tienne pour de simples droits d'usage ou pour les attributs d'un droit de propriété, ces droits n'en sont pas moins des droits privés, *in commercio*, susceptibles de former l'objet de conventions et, par suite, d'une possession utile. La règle comporte, néanmoins, d'importantes restrictions, quand le cours d'eau est régi par un règlement local.

§ 1^{er}.

Le cours d'eau est régi par les dispositions de l'art. 644 en l'absence d'un règlement administratif.

Les droits dévolus aux riverains étant droits de pure faculté, ne se prescrivent pas par le non-usage de quelque durée qu'il ait été. Ainsi un riverain eût-il pendant trente ans négligé d'utiliser les eaux d'une manière quelconque, rien ne l'empêche d'en tirer parti la trente-et-unième année, pourvu que, pendant ce même laps de temps ses droits n'aient pas subi de contradiction de la part d'un autre riverain. L'inaction du riverain en présence de la violence qui est faite à ses droits n'est plus l'exercice d'une faculté, c'est un abandon, une renonciation tacite. La prescription peut courir.

Par des agissements contradictoires, le riverain

peut se proposer deux fins : se substituer absolument à son coriverain et acquérir la propriété même d'une portion du cours d'eau, ou bien en limiter seulement la jouissance.

Dans le premier cas, la prescription tendant à déplacer la propriété d'une tête sur une autre, le juge exigera que les actes de possession contraire soient absolument significatifs. Ainsi le riverain, qui excipe de la longue possession, établira qu'il s'est, pendant trente ans, approprié tous les produits dont la rivière ou ses berges sont susceptibles : il a fouillé le lit pour en extraire le sable, le gravier, les pierres; il a fauché les joncs, les roseaux, coupé les arbustes. Les produits de cette nature ayant, en général, peu de valeur, la possession doit, à peine d'être écartée comme équivoque, avoir un caractère rigoureusement exclusif (1). Le riverain ne saurait, d'ailleurs, se réclamer de ces faits pour prétendre imposer une servitude.

Les agissements dont se prévaut le riverain tendent à l'acquisition d'une servitude relativement à l'usage des eaux.

Les contestations qui naissent à propos de l'usage des eaux s'élèvent ordinairement entre les propriétaires des prairies et les usiniers. La possession est utile à la condition que des travaux apparents aient été faits et que ces travaux aient

(1) Troplong, *Prescript.*, I, 146.

mis le riverain, contre lequel on veut prescrire, dans l'impossibilité d'user des eaux.

Prenons des exemples. Le propriétaire d'un héritage en nature de labour se propose d'y introduire l'eau pour en faire une prairie : il rencontre des résistances chez un meunier qui, depuis plus de trente ans, utilise la force motrice totale du cours d'eau. Le meunier se prévaudra en vain de sa possession trentenaire parce qu'elle ne constitue pas une contradiction à la faculté de faire une prise d'eau, faculté que le riverain s'était abstenu jusqu'alors de mettre à profit (1). Le même cultivateur se heurte, également, à l'opposition du riverain qui lui fait face. Ce dernier est en possession immémoriale d'un barrage destiné à faire affluer l'eau dans ses prairies, et le barrage, traversant dans toute sa largeur le cours d'eau, vient s'appuyer sur la rive opposée. Il est évident que la possession trentenaire légalise la jouissance du barrage. Mais la difficulté est de savoir si le barrage vaut déclaration manifeste que son auteur entend s'attribuer l'usage exclusif des eaux pour l'irrigation. M. Daviel fait observer, avec raison, que le barrage n'a pas nécessairement cette signification, puisque, loin de paralyser le droit du propriétaire opposé, il lui facilite, au contraire, l'arrosage de ses terres (2).

(1) *Contrà*, Vazeille, *Des prescript.*, n° 407.

(2) Daviel, II, 596. Consulter sur cette question l'arrêt de

Pour que le barrage impliquât contradiction formelle, il faudrait supposer qu'il s'adosse à des travaux de maçonnerie encaissant la rivière et faisant obstacle à toute saignée projetée par le rive-rain opposé.

Mouvement des usines. — La force motrice d'une usine hydraulique, sa force vitale, réside tout entière dans la chute d'eau. Un barrage arrête les eaux, les amasse dans un bassin artificiel d'où elles vont choir au gré de l'usinier, sur la roue du moulin. Plus la chute est haute et régulière, plus la force motrice est considérable. On conçoit que l'usinier surveille, avec un soin jaloux, toute entreprise qui est de nature à modifier le niveau et l'allure du cours d'eau.

Une usine s'établit : le maître de l'usine peut avoir affaire soit au meunier sis en amont, soit au meunier sis en aval.

Première hypothèse. — Le meunier sis en amont se plaint du reflux nuisible causé par le nouveau barrage. La hauteur des eaux s'est trouvée modifiée. L'action possessoire est recevable de sa part. Mais si l'innovation ne soulève aucune récrimination et si cet état de choses dure trente ans, l'ancien usinier ne peut plus agir, même au pétitoire. Son adversaire opposera victorieusement la

la Cour de cassation du 4 avril 1842 rapporté par cet auteur.

prescription. Par un ouvrage extérieur et immuable (le barrage) l'eau refluant jusqu'à l'usine sise en amont, a été maintenue à une hauteur constante et facilement appréciable; le limon déposé sur la berge accuse de la manière la plus visible le niveau que la rivière atteint chaque jour. Pourquoi la prescription ne pourrait-elle point résulter du régime prolongé auquel l'usinier inférieur a soumis le cours d'eau (1)? MM. Proudhon et Toullier enseignent l'affirmative et je crois leur doctrine fondée. La hauteur des eaux peut faire entre riverains l'objet de conventions parfaitement valables; une possession continue et suffisamment contradictoire doit pouvoir investir également l'un d'entre eux du droit de retenir les eaux à une hauteur donnée (2).

Il se peut que l'usine ait été établie sans autorisation. Est-on recevable à soutenir que la possession étant délictueuse, illicite, n'a pu servir de base à la prescription? Nous nous sommes expli-

(1) D'après la doctrine qui paraît prévaloir devant la Cour suprême, la pente des cours d'eau n'appartenant privativement à personne, la hauteur des eaux n'est pas prescriptible et reste dans le domaine de l'administration (Cass., 19 décembre 1826). — Je pense, pour moi, que la pente de la rivière dépendant de l'inclinaison du lit est un accessoire inhérent aux propriétés riveraines et comme tel objet de propriété.

(2) Toullier, *Dr. civ.*, III, p. 119. — Proudhon, *Dom. pub.* nos 1145-1181.

qués ci-dessus sur ce point. Je rappellerai brièvement que le défaut d'autorisation n'enlève pas à la possession son caractère utile, parce qu'elle n'est donnée que dans l'intérêt public.

M. Troplong a une opinion un peu différente de la mienne : il enseigne que la création d'un moulin construit sans autorisation peut se consolider par la prescription, pourvu qu'elle n'amène pas des inondations et des dommages pour les propriétés riveraines ; auquel cas il est vrai de dire que l'effet nuisible de la possession proteste sans cesse contre l'usine et que la hauteur des eaux est imprescriptible (1).

Deuxième hypothèse. — Le conflit s'élève avec l'usinier inférieur ; il tient à ce que, par exemple, on veut substituer au système defectueux des éclusées le système plus avantageux de la mise en mouvement de la roue motrice par le cours d'eau libre et continu. L'usinier établi en aval peut-il se plaindre du changement en alléguant que l'usage immémorial des eaux suivant ce mode constitue un droit de servitude acquis au profit de son usine par une longue possession ? On doit répondre négativement.

Le propriétaire peut se servir de l'eau à son passage, en faire l'emploi qu'il juge convenable, et la seule obligation dont il soit tenu vis-à-vis de l'usi-

(1) Troplong, *De la prescript.*, n° 146.

nier inférieur est de les rendre à leur cours ordinaire. A une époque reculée, ses auteurs ont cru devoir modifier le régime normal de la rivière, en imposant aux eaux des retenues périodiques : ils n'ont point, de la part des voisins, éprouvé d'opposition à propos de ce mode de jouissance qui constituait à leur profit un véritable droit de servitude. Aujourd'hui, abandonnant de vieux errements, l'usinier renonce à ce droit de servitude et demande à jouir des eaux dans les termes de l'article 644. A quel titre l'usinier inférieur y mettrait-il obstacle ? Les simples facultés sont imprescriptibles, s'il n'y a contradiction opposée à leur exercice. Or la circonstance que le moulin inférieur est aménagé pour marcher par écluse, n'implique pas une défense faite à l'usinier supérieur de travailler d'une manière continue. Dans l'espèce sur laquelle la Cour d'Orléans eut à statuer, les intimés faisaient observer avec raison que le système nouveau inauguré par le moulin supérieur n'empêchait en rien le moulin inférieur de faire des réserves d'eau et de tourner par intermittence, puisque les eaux lui étaient, comme par le passé, restituées dans leur intégrité (1).

(1) Orléans, 27 janvier 1860 (D. 60, 2, 59).

§ 2.

Le cours d'eau est régi par un règlement local.

Il existe un règlement local sur la police du cours d'eau. Les riverains ont le droit de régler leurs rapports entre eux et de modifier l'effet du règlement comme ils avaient auparavant celui de modifier les droits d'usage qu'ils tiennent de l'art. 645. Cependant leurs conventions, pour être valables, ne doivent avoir rien de contraire à l'ordre public. Les particuliers ne peuvent en effet, par convention, déroger aux lois d'ordre public. La possession dérogatoire à des dispositions prises par l'administration dans l'intérêt général, est, pour le même motif, viciieuse et inefficace. Il a été jugé, en ce sens, qu'un barrage établi dans le lit d'un ruisseau pour l'usage de blanchisseries, à la charge de certaines conditions imposées dans l'intérêt général, ne peut fonder de possession utile à l'encontre de l'usinier inférieur, quand ces conditions n'ont pas été observées (1).

Je sais bien que les faits auxquels se rattache la querelle des deux riverains, sont parfois d'ordre tout privé et ne mettent en jeu l'intérêt public ni de près ni de loin. Mais à quel criterium recon-

(1) Bordeaux, 8 mai 1850 (D. 1852, 2, 170). — Aubry et Rau, tome III, p. 54.

naître les faits de cette nature dans la série des prescriptions réglementaires ? Le point sera fort délicat, car le plus souvent « les intérêts individuels sont inséparables de l'intérêt général, en ce sens que le règlement déterminant au point de vue de l'utilité publique l'usage que les riverains peuvent faire des eaux, il ne peut s'établir de droit contraire par voie de prescription (1). »

(1) Laurent, VII, 329.

CHAPITRE II.

Le débat entre riverains et non riverains d'eaux courantes aura, le plus fréquemment, pour cause soit l'usage des eaux, soit le droit de pêche.

§ 1^{er}.

Débat entre riverains et non riverains relativement à l'usage des eaux.

Le propriétaire d'un héritage séparé du cours d'eau par un ou plusieurs fonds intermédiaires amène l'eau sur son domaine au moyen d'un aqueduc. On lui conteste le droit de dérivation. Qu'advient-il s'il ne peut produire l'acte de concession et qu'il se retranche derrière la possession trentenaire? Le juge doit reconnaître à son profit le droit d'aqueduc. Car l'aqueduc est une servitude continue et apparente, et, à ce titre, susceptible d'être acquise par prescription. M. Laurent dit qu'on ne discute pas la question tant elle est évidente. On pourrait, cependant, faire l'objection suivante : le riverain ne peut, sans le consentement de ses co-riverains, faire participer au bénéfice de l'irrigation les tiers non riverains. Car l'art. 644 n'attribue, à titre de servitude légale, qu'aux riverains, le droit d'user des eaux pour l'ir-

rigation de leurs propriétés. Les droits qui ne peuvent faire l'objet de conventions échappent à l'empire de la prescription. Donc un propriétaire non riverain ne peut alléguer la possession prolongée d'une prise d'eau sur une rivière. Le raisonnement serait absolument décisif si les prémisses étaient fondées. Or le droit pour le riverain de céder à un tiers la quantité d'eau dont il peut disposer n'est plus mis en doute depuis la loi du 29 avril 1845 (1).

Le propriétaire non riverain qui a, par prescription, acquis le droit de dériver les eaux, ne peut en détourner la totalité au détriment du propriétaire riverain. La servitude d'aqueduc dont il est devenu titulaire a pour résultat de limiter, mais non de supprimer les droits du riverain. D'ailleurs l'exercice de la servitude se réglera par la maxime *tantum prescriptum quantum possessum*, et devra être proportionnée aux besoins, à la nature et à l'étendue des propriétés irriguées. Jugé en ce sens par la Cour de Lyon, le 13 déc. 1854, (D. 56. 2.284).

§ 2.

Débat entre riverains et non riverains relativement au droit de pêche.

Au nombre des droits frappés d'imprescriptibi-

(1) Wodon, III, 615. — Demolombe, XI, 149.

lité parce qu'ils tiennent à la police, M. Troplong place le droit de pêche dans les rivières non navigables. Il y a, dit-il, dans la prescription du droit de pêche un fait qui est incompatible avec les lois de police, car la loi incrimine le fait de pêcher sans la permission du propriétaire et frappe le délinquant de peines correctionnelles.

Les considérations invoquées par M. Troplong me paraissent devoir céder devant le texte formel de la loi du 15 avril 1829 qui, après avoir attribué aux propriétaires riverains le droit de pêche jusqu'au milieu du cours d'eau, ajoute : « sans préjudice des droits contraires établis par possession ou titre. »

Le droit de pêche peut donc s'acquérir par prescription, mais encore faut-il qu'il ait les caractères d'une servitude continue et apparente. Un pêcheur va tous les jours jeter son filet devant ma propriété, tendre des lignes. Ces agissements ne constituent pas une possession exclusive, continue, susceptible de fonder la prescription. Le résultat s'obtiendrait à l'aide d'engins permanents établis dans la largeur du fleuve. Il en serait ainsi d'un gord, construction de pieux enfoncés dans la rivière, ayant forme d'entonnoir et destinée à recevoir des filets (1).

(1) Dans les rivières sujettes comme la Seine au flux et au reflux de la mer, l'ouverture des gords est tantôt tournée en amont, tantôt en aval.

Encore que les conditions énumérées ci-dessus soient réunies, la prescription du droit de pêche ne pourra pas s'accomplir au profit d'un propriétaire non riverain. Le droit de pêche qui peut être loué ou affermé au profit de tiers ne peut leur être transporté à titre de servitude personnelle. Il serait contraire aux lois abolitives de la féodalité d'admettre que le droit de pêche pût être séparé de la propriété riveraine et devenir à perpétuité comme une sorte de droit seigneurial, f'apanage d'une famille. Mais les mêmes raisons ne s'opposeraient pas à ce que le droit de pêche vint grossir à titre de servitude prédiale les émoluments d'une autre propriété riveraine dont les possesseurs se livreraient spécialement à l'exploitation d'importantes pêcheries (1).

(1) Demolombe, *Servitudes*, I, 181. — Troplong, I, 139.

Canaux particuliers.

Dans la première partie, nous avons déterminé dans quelle mesure les canaux de navigation devaient être assimilés aux cours d'eau publics, et les conséquences de cette assimilation. Font, au contraire, partie du domaine privé, d'une manière absolue, les canaux qui servent à l'irrigation des propriétés ou au roulement des usines. Dans le canal de dérivation établi pour la marche d'une usine, on distingue le biez, portion du canal située en amont qui amène l'eau sous la roue du moulin, et le canal de fuite, portion située en aval pour l'écoulement des eaux.

§ 1^{er}.

Droit du propriétaire du canal.

Un canal est-il présumé appartenir au propriétaire des fonds ou de l'usine auxquels il conduit l'eau ?

Le propriétaire d'un canal a, sur ses eaux, des droits aussi absolus que le propriétaire d'un héritage sur la source qui y jaillit. Ses droits ne sont pas limités par l'art. 644 et il ne doit compte de l'usage des eaux à personne.

La propriété du canal s'établit par titres ou par possession trentenaire. Celui qui excipe de la pos-

session prolongée doit établir non seulement, qu'il a joui depuis un temps immémorial des eaux, mais encore qu'il est l'auteur des travaux de dérivation. Toute la difficulté git dans cette preuve; pour la résoudre, on s'aidera de présomptions. Examinons le cas pour un canal d'irrigation et pour le biez d'un moulin.

Le canal d'arrosage qui traverse le fonds d'autrui est réputé l'œuvre du propriétaire des fonds irrigués, quand il ressort de l'inspection des lieux que le canal se rattache à tout un système d'irrigation. Autre question. L'aqueduc sera considéré en règle générale comme ayant été établi à titre de servitude sur les fonds intermédiaires, car la servitude ne constituant qu'une expropriation partielle doit être présumée avoir été consentie de préférence. Cependant si les eaux sont conduites à travers le fonds d'autrui, au moyen d'un canal incorporé dans le fonds, on tiendra le maître du domaine irrigué pour propriétaire du canal et de la portion du fonds sur lequel il est bâti.

Biez. — On a coutume de dire que le biez doit être présumé, à titre d'accessoire, la propriété du maître de l'usine. Cette maxime quasi-traditionnelle a été, trop longtemps, acceptée sans contrôle au point qu'elle était devenue, dans l'ancienne jurisprudence, s'il faut en croire Daviel, une présomption légale.

A serrer de près cette maxime, on comprend

que son autorité a été fort exagérée. Quand le biez est formé d'un canal de dérivation traversant les fonds d'autrui, il est raisonnable de supposer que les travaux ont été entrepris à la diligence de l'usinier pour assurer la marche de son moulin. Mais il ne s'ensuit pas nécessairement que le canal lui appartienne en toute propriété. Les riverains peuvent avoir conservé la propriété du lit et des berges et avoir autorisé seulement l'usage de l'eau. L'art. 552 qui attribue au propriétaire du sol les constructions superficielles plaide en faveur des riverains (1).

§ 2.

Droits des riverains.

Le principe est que les eaux d'un canal artificiel n'étant pas soumis par la loi, comme les eaux courantes, aux droits d'usage des riverains, ces derniers ne peuvent réclamer le droit de se servir des eaux à leur passage qu'en vertu d'un titre ou de la prescription. Il s'ensuit que si les riverains ont pratiqué des rigoles sur les francs bords du canal, c'est à eux de prouver qu'ils en ont le droit, et non au propriétaire du canal, d'établir que leurs prétentions ne sont pas fondées (2).

(1) Daviel, III, 827. — Lalaure, *Servit.*, titre II, chap. 9.

(2) Cassat., 17 mars 1840. — Dalloz, *Eaux*, n° 362.

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. — Sous Justinien, les servitudes ne se constituaient point par pactes et stipulations; le droit réel ne prend naissance, à la suite de ces actes, que lorsqu'il y a eu quasi-tradition.

II. — Au temps de la jurisprudence classique, le possesseur de bonne foi n'était pas tenu de restituer les fruits qui n'avaient point été consommés.

III. — Le propriétaire du fonds au profit duquel existe une servitude de conduite d'eau ne peut concéder un droit réel de puisage aux riverains de l'aqueduc.

IV. — L'hypothèque d'une servitude rurale s'entend d'une hypothèque sur une servitude actuellement établie et non d'une hypothèque sur une servitude à établir.

V. — Pour obtenir l'interdit *de aqua cottidiana*, l'usager doit être de bonne foi.

VI. — L'interdit *de aqua cottidiana* est un interdit mixte en ce sens que, bien que prohibitore en la forme, il a parfois des effets restitutoires.

VII. — Dans l'action négatoire, le demandeur n'a d'autre preuve à administrer que celle de son droit de propriété.

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

I. — La reconnaissance d'un enfant naturel faite par testament olographe n'est pas valable, un tel acte ne pouvant être considéré comme authentique.

II. — Les charges inhérentes à l'état de voisinage que le Code qualifie erronément de servitudes, ne sont pas des obligations purement personnelles.

III. — La disposition de l'art. 643 ne fait pas obstacle à ce que le propriétaire d'un héritage sis dans les environs d'une ville ou d'un village fasse chez lui des fouilles et des sondages, encore que ces travaux auraient pour résultat de tarir une fontaine communale.

IV. — La dation en paiement n'est pas rescin-

dable pour cause de lésion de plus des sept douzièmes.

V. — L'indemnité pour suppression, par suite de travaux publics, de la force motrice d'une usine, vendue comme bien national sous la Révolution, n'est pas une indemnité d'expropriation, mais une indemnité purement mobilière, non soumise dès lors aux hypothèques qui grevaient l'usine, et à distribuer, par voie de contribution, entre les créanciers chirographaires.

VI. — La possession délictueuse n'est pas, en thèse générale, dénuée d'effets utiles.

VII. — En matière d'eaux courantes, l'action possessoire n'est pas admise par cela seul qu'il y a modification à la possession annale du cours d'eau ; il faut pour constater le trouble possessoire, que l'innovation ait un caractère abusif et préjudiciable.

DROIT PENAL.

I. — La tentative d'avortement, alors même qu'elle provient d'autres personnes que de la femme enceinte n'est pas punissable.

II. — Il y a escroquerie de la part de celui qui fait assurer le chargement d'un navire après

avoir appris le sinistre arrivé et en affirmant qu'il est sans nouvelles.

III. — L'art. 365 du Code d'instruction criminelle qui prohibe le cumul des peines, ne s'applique pas au délit d'évasion prévu par l'art. 245 du Code pénal pour lequel une condamnation spéciale doit être prononcée.

IV. — Le jugement correctionnel qui acquitte un prévenu de blessures par imprudence en déclarant sa culpabilité insuffisamment établie, n'implique pas nécessairement que le prévenu soit demeuré étranger aux blessures et n'exclut pas le simple quasi-délit prévu par l'art. 1382.

DROIT PUBLIC.

I. — Les attributions du Congrès, réuni conformément à l'art. 8 de la loi du 25 février 1875 pour la révision des lois constitutionnelles, sont limitées à l'objet pour lequel il a été spécialement convoqué.

II. — L'autorisation de plaider, qu'une commune obtient au début d'un procès, lui suffit pour répondre à l'appel interjeté contre elle.

III. — Le règlement préfectoral sur la police

des cours d'eau rendu dans les formes légales, toutes parties entendues, ne peut être déféré au Conseil d'État par voie contentieuse quand ses prescriptions ont pour base l'intérêt général et la sécurité publique.

HISTOIRE DU DROIT.

I. — L'expression de *jus italicum* indique la condition d'un territoire assimilé à celui de l'Italie; elle a pris depuis la guerre sociale un caractère purement territorial.

II. — La communauté de biens entre époux a son origine dans des faits complexes et non pas, comme on l'a prétendu, dans l'ordonnance de Pont de l'Arche rendue en 1219 par Philippe-Auguste.

Vu par le Président de la thèse ;
C. BUFNOIR.

Vu par le Doyen :
CH. BEUDANT.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Vice-recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

	Pages.
Introduction générale.....	7

PREMIÈRE PARTIE.

DE LA SERVITUDE D'AQUEDUC.

CHAPITRE I. — Définition de l' <i>aquæductus</i> . — Analyse de cette définition. — Perpétuité et indivisibilité de la servitude. — Division des servitudes réelles en rurales et urbaines. — Sous quelle espèce se range l' <i>aquæductus</i>	15
CHAPITRE II. — De la quasi-possession de l' <i>aquæductus</i>	36
CHAPITRE III. — De l'acquisition de la servitude d'aqueduc.....	40
§ 1 ^{er} . — Comment s'établit la servitude d'aqueduc ?.....	40
§ 2. — Qui peut concéder un droit d'aqueduc?	49
§ 3. — Quels fonds peuvent être grevés de la servitude d'aqueduc?	50
CHAPITRE IV. — Des règles relatives à l'usage de l'aqueduc.	52

	Pages.
§ 1 ^{er} . — Sur quelles parties du fonds servant peut être établie la conduite d'eau? — Travaux que l'usager est autorisé à exécuter. — Quantité d'eau à laquelle il a droit.	52
§ 2. — Du droit de disposition de l'usager. . .	56
§ 3. — Obligations du propriétaire du fonds servant.	59
CHAPITRE V. — De l'extinction du <i>jus aquæ ducendæ</i> . . .	60

DEUXIEME PARTIE.

DES VOIES DE DROIT OUVERTES A L'USAGER POUR FAIRE VALOIR SES DROITS.

Introduction.	67
CHAPITRE I. — Des moyens possessoires.	72
Section I. — De l'interdit <i>de aqua cottidiana et æstiva</i>	72
§ 1 ^{er} . — Conditions requises pour exercer l'interdit <i>de aqua</i> . — Définition de l' <i>aqua cottidiana</i> et de l' <i>aqua æstiva</i> . — Exceptions qu'on peut opposer dans l'interdit.	73
§ 2. — A qui cet Interdit est-il donné?	80
§ 3. — De la preuve à administrer. — Moyens de défense offerts au défendeur. — Digression sur l'interdit <i>de aqua castellaria</i>	81
§ 4. — Contre qui compète l'interdit <i>de aqua</i> ? . . .	92
§ 5. — De l'instance.	93
Section II. — De l'interdit <i>de rivis</i>	101

	Pages.
CHAPITRE II. — Des actions réelles.	106
Section I. — De l'action confessoire.	106
Section II. — De l'action <i>communī dividundo utilis</i>	110

DROIT FRANÇAIS

Introduction générale.	5
--------------------------------	---

PREMIERE PARTIE.

DES EAUX QUI DÉPENDENT DU DOMAINE PUBLIC.

CHAPITRE I. — Des rivières navigables et flottables.	29
§ 1 ^{er} . — L'action possessoire n'est pas recevable à l'encontre de l'État de la part des particuliers mêmes concessionnaires. — <i>Quid</i> de la réintégrande?	30
§ 2. — De l'exception de domanialité. — L'administration a qualité pour déclarer ou reconnaître la navigabilité d'un cours d'eau. — Peut-elle arbitrairement user de cette prérogative? — Dans quelle mesure appartient-il à l'autorité judiciaire d'apprécier la déclaration de navigabilité? — Quels faits peuvent retirer à une rivière navigable son caractère public?	35
§ 3. — L'État est recevable à former l'action possessoire : en pratique, l'administration aura rarement recours à	

	Pages.
cette voie pour réprimer les usurpations des riverains.	44
§ 4. — Conflit entre les riverains. — Les concessionnaires peuvent former l'action possessoire contre les particuliers. — Controverse. Doctrine de M. Wodon. L'action possessoire est-elle recevable pour trouble causé à des travaux non autorisés?	48
CHAPITRE II. — Des dépendances du fleuve	61
§ 1 ^{er} . — Des rives et du lit du fleuve. — De leur délimitation. — L'administration a-t-elle qualité pour prendre des arrêtés de délimitation. Quelle est l'autorité de ces décisions?	62
§ 2. — Du marchepied	69
CHAPITRE III. — Des canaux de navigation	71

DEUXIÈME PARTIE.

DES EAUX QUI NE FORMENT POINT UNE DÉPENDANCE DU DOMAINE PUBLIC.

DES EAUX DE SOURCES.

Principe de la propriété des eaux de source	80
Section I. — Possession conforme au droit commun de propriété et de voisinage tel qu'il est réglé dans les art. 640 et 641.	82
Section II. — Possession contraire au droit commun des héritages.	89

	Pages.
§ 1 ^{er} . — Droit de transmettre au fonds inférieur les eaux de source dans des conditions plus onéreuses que ne le comporte la servitude légale de l'art. 640.....	90
§ 2. — Droit de ne pas recevoir les eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs.....	95
§ 3. — Droit de prise d'eau ou d'aqueduc sur les eaux issues du fonds supérieur.	99
a. Conditions requises pour la prescription. Etude détaillée de la disposition de l'art. 642. Point de départ de la prescription. Jouissance non interrompue pendant trente ans. — Quelle doit être la nature des ouvrages requis par la loi. Sur quels fonds les travaux doivent-ils être faits? Controverse.....	99
b. Au profit de quels fonds la prescription peut-elle s'accomplir? Faut-il que les fonds soient contigus?..	99
c. Effets de la prescription. Le propriétaire inférieur peut-il par ce mode acquérir la propriété de la source?.....	99
Section III. — Restriction imposée par la loi à la propriété des eaux de source dans un intérêt public. Droit des habitants d'une commune.....	119
§ 1 ^{er} . — De la servitude établie par l'art. 643.	120
§ 2. — Les habitants ont l'action posses-	

	Pages.
soire pour se faire maintenir dans la jouissance de la source. Quels faits peuvent motiver la plainte? Quelles personnes ont qualité pour l'intenter? De l'office du juge.....	122
§ 3. — La prescription dont il est parlé dans l'art. 643 est-elle une prescription acquisitive ou une prescription libératoire?.....	130

APPENDICE.

Eaux salées.....	135
Eaux minérales.....	137

DES EAUX PLUVIALES.

Section I ^{re} . — Des eaux pluviales qui tombent sur un terrain privé.....	144
a. Droits du propriétaire du fonds sur lequel tombent les eaux pluviales.....	144
b. Les eaux pluviales tombant sur un terrain privé peuvent faire l'objet d'une possession utile au profit du propriétaire inférieur qui les reçoit à l'issue de ce fonds, quand ce dernier a fait des travaux apparents pour s'en approprier l'usage.....	144
Section II. — Des eaux pluviales qui tombent sur la voie publique.....	151
a. Nature des droits qui compètent	

	Pages.
aux riverains de la voie publique sur les eaux pluviales.....	151
b. Dans quel sens est-il exact de dire que les eaux pluviales coulant sur la voie publique sont impres- criptibles? Distinction à faire à cet égard.....	151
Section III. — Droits acquis par le propriétaire in- férieur sur les eaux pluviales.....	159

DES ÉTANGS ET LACS.

Section I ^{re} . — Contestations auxquelles donnent lieu la possession même de l'étang et celle des terrains limitrophes . . .	163
§ 1 ^{er} . — De la possession de l'étang.	163
§ 2. — Possession des terrains limitrophes. — A quelles conditions la présomp- tion légale de l'art. 558 reçoit-elle son application? Il appartient au juge du possessoire, pour apprécier le caractère de la possession, de constater la hauteur de la décharge.	164
Section II. — Contestations au sujet des servitudes que le propriétaire de l'étang pré- tend imposer aux riverains et au sujet de celles que les riverains ré- clament sur l'étang.	172
§ 1 ^{er} . — De l'écoulement des eaux de l'étang. .	172
§ 2. — Du droit de prise d'eau sur l'étang. .	175

DES RIVIÈRES NON NAVIGABLES NI FLOTTABLES.

CHAPITRE I.	186
---------------------	-----

	Pages.
Section I ^{re} . — De l'action possessoire en matière d'eaux courantes.....	186
§ 1 ^{er} . — Que faut-il entendre par la possession annale du cours d'eau? A quelles conditions peut-elle fonder la com- plainte ?	186
§ 2. — Du trouble possessoire. Il ne suffit pas, pour constituer le trouble pos- sessoire, d'une modification quelcon- que à la possession du cours d'eau ; il faut une jouissance abusive du riverain.....	194
§ 3. — Quels sont les effets de l'action pos- sessoire? Le juge de paix ou, d'une manière plus générale, l'autorité judiciaire a-t-elle compétence pour ordonner la suppression des ouvra- ges autorisés ou prescrits par l'ad- ministration?.....	204
Section II. — De la prescription en matière d'eaux courantes.....	211
§ 1 ^{er} . — Le cours d'eau est régi par les dispo- sitions de l'art. 644 en l'absence d'un règlement administratif.....	212
§ 2. — Le cours d'eau est régi par un règle- ment local.....	219
CHAPITRE II.	221
§ 1 ^{er} . — Débat entre riverains et non riverains relativement à l'usage des eaux . . .	221
§ 2. — Débat entre riverains et non riverains relativement au droit de pêche. . .	222

CANAUX PARTICULIERS.

	Pages.
§ 1 ^{er} . — Des droits du propriétaire du canal.	
Un canal est-il présumé appartenir au propriétaire des fonds ou de l'u- sine auxquels il conduit l'eau?	225
§ 2. — Droits des riverains.	227

